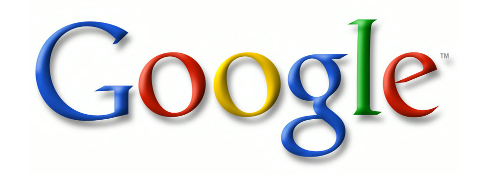
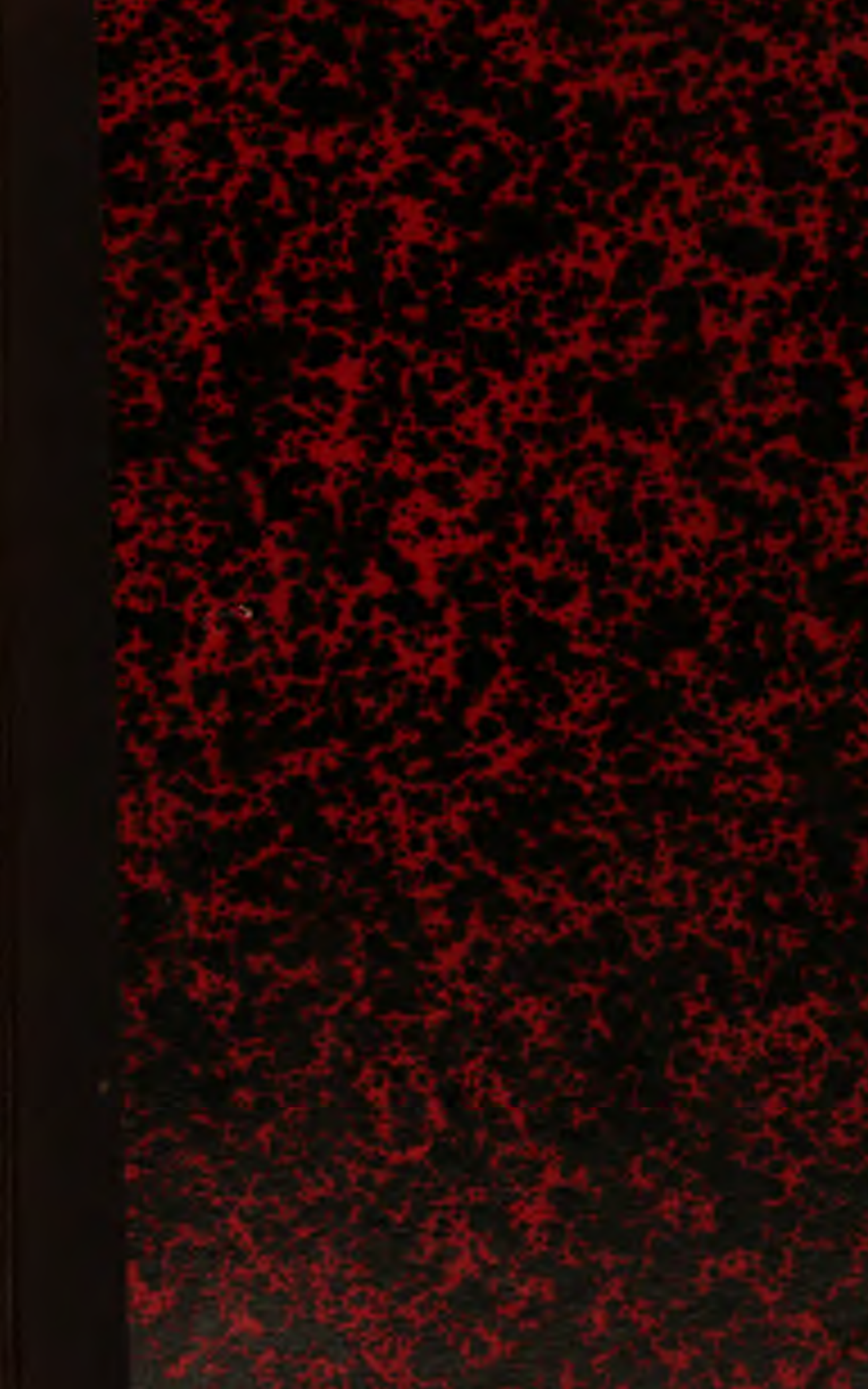
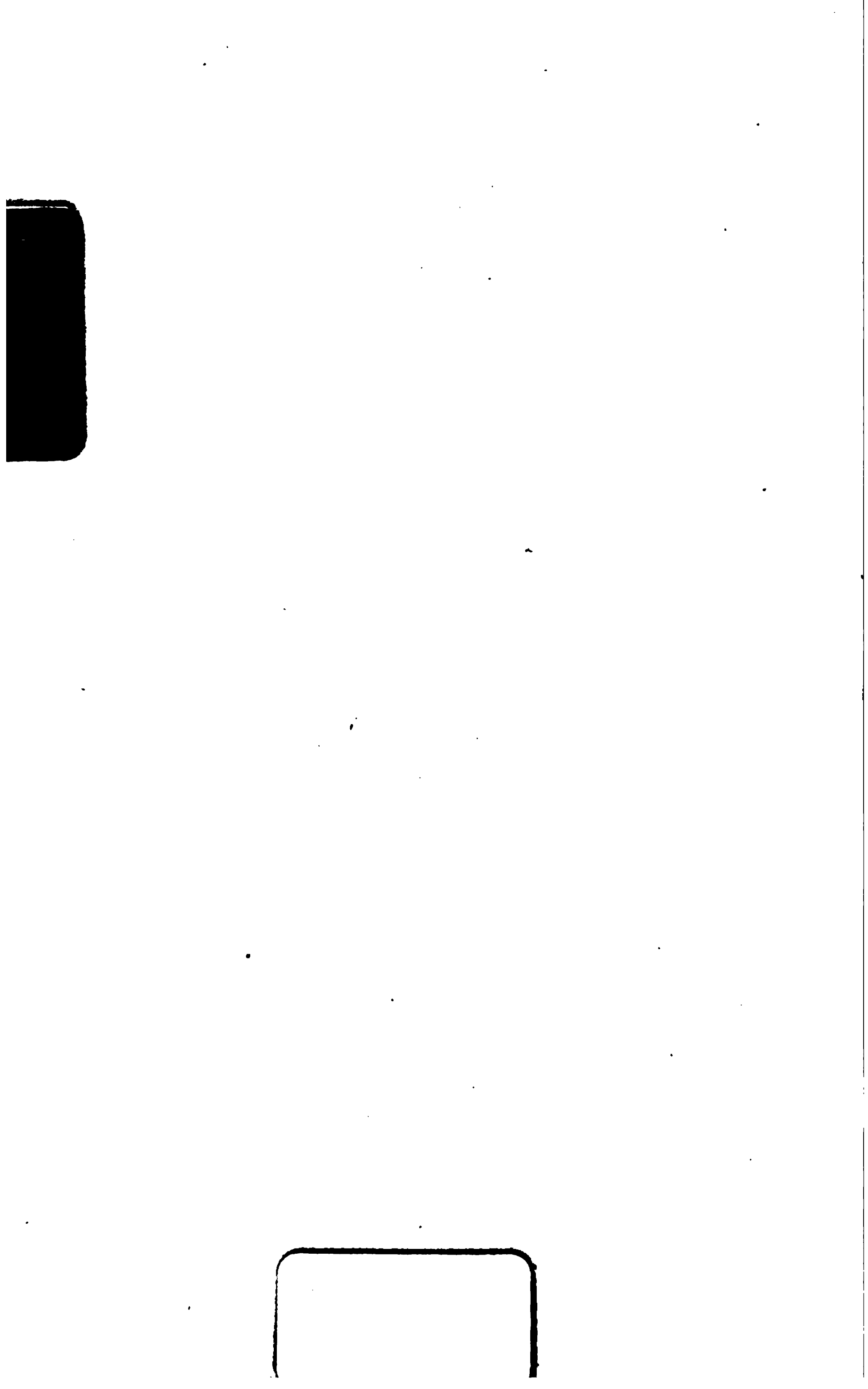






DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME SIXIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1881

DEUXIÈME PARTIE

LIVRE III.

La famille (suite).

CHAPITRE III.

PUISSANCE PATERNELLE, TUTELLE ET CURATELLE.

1. La puissance paternelle et la tutelle sont unies par un lien intime. Elles ont le même objet, c'est de gouverner la personne et les biens des mineurs qui, à raison de leur âge, sont incapables de se guider eux-mêmes et de veiller à leurs intérêts. La nature donne aux enfants des protecteurs dans leurs père et mère; quand ils ont le malheur de les perdre, la loi les remplace par la tutelle. Le législateur cherche à imiter autant que possible la nature, en prenant les tuteurs parmi les plus proches parents, avant tout, le survivant des père et mère, qui réunit en sa personne l'autorité de père et celle de tuteur; puis il appelle à la tutelle l'ami que le dernier mourant a jugé digne de continuer l'éducation des orphelins. Viennent ensuite les ascendants que leur affection désigne comme successeurs naturels des père et mère; ce n'est qu'à défaut de ces tuteurs que la nature elle-même indique, qu'un conseil de famille, composé des parents les plus proches, et partant, les plus affectionnés, choisit un tuteur, pris également parmi les parents. Pothier a raison de dire que le tuteur

tient lieu du père, par l'affection qu'il porte à l'orphelin : les enfants se développent par l'amour, c'est le soleil de l'âme. C'est aussi la plus forte garantie pour leurs intérêts. Les père et mère ne vivent que pour leurs enfants. C'est la raison pour laquelle le code Napoléon se montre plus favorable aux parents qu'aux tuteurs ; elle soumet ceux-ci à l'hypothèque légale, à la surveillance du subrogé tuteur et du conseil de famille, tandis que la puissance paternelle s'exerce librement et sans autre contrôle que l'action des tribunaux. Sauf cette différence que la nature elle-même établit, le tuteur et le père ont la même mission : c'est, avant tout, d'élever les enfants, en leur donnant l'instruction et l'éducation, le pain de vie de l'âme ; la gestion des intérêts pécuniaires ne vient qu'en seconde ligne. Qu'importe, dit un jurisconsulte philosophe (1), que l'enfant ait quelque fortune, si son âme est inculte ? La fortune devient une malédiction pour ceux qui ne savent pas en user ; c'est un instrument, le but est le développement intellectuel et moral ; c'est là la mission de l'enfant, c'est aussi le devoir de ceux que la nature ou la loi lui donnent comme protecteurs.

Je dis que le père et le tuteur sont des protecteurs. Le langage de la loi semble établir entre eux une différence essentielle ; elle donne le nom de puissance paternelle à l'autorité des parents, elle ne connaît pas de puissance tutélaire. Mais la différence n'est que nominale. Le père aussi bien que le tuteur n'ont que des devoirs ; leurs droits sont des moyens que la loi leur donne pour qu'ils puissent remplir leurs obligations ; et ces moyens sont les mêmes en essence ; il n'y a pas deux manières d'élever les enfants, il n'y en a qu'une : les aimer, et développer leurs facultés. Quant aux biens que le père et le tuteur sont chargés d'administrer, leur droit ou leur devoir est aussi identique : ils sont administrateurs, et à ce titre responsables et comptables. La loi établit cependant une différence entre le père et le tuteur ; elle donne à l'un l'usufruit, comme récompense, et à l'autre elle n'accorde aucune

(1) Pufendorf.

indemnité. Singulier système qui demande plus de dévouement, plus d'abnégation au tuteur qu'au père, et qui transforme le père en salarié, tandis que le tuteur est un mandataire gratuit! C'est une anomalie qui doit disparaître.

La puissance paternelle et la tutelle étant identiques au fond, le principe de droit international qui les régit doit être le même. C'est un statut personnel, puisqu'il s'agit d'une protection établie dans l'intérêt des mineurs, c'est-à-dire d'incapables; or l'état et l'incapacité qui en résulte sont déterminés par la loi de la personne, qui la suit partout où elle réside (C. Nap., art. 3). Il en est de même du pouvoir que le père et le tuteur ont sur les biens. A vrai dire, ce n'est pas un droit, c'est une charge, un devoir; or, on ne dira pas que le devoir dépend de la situation des biens, il a son siége dans la conscience, et celle-ci ne varie point d'après le territoire. A mon avis, il en faut dire autant de l'usufruit légal, puisque c'est une dépendance de l'autorité qui appartient au père sur la personne; donc le droit, quoique réel, est l'accessoire d'un devoir, et l'accessoire est nécessairement régi par le même principe que le principal (1).

On peut donc, à tous égards, assimiler la puissance paternelle et la tutelle. C'est pour ce motif que je les réunis dans un même chapitre.

2. En droit romain, l'adoption était mise sur la même ligne que la puissance paternelle. Cela tenait au caractère artificiel de la famille romaine. Tous les parents maternels et une partie des parents paternels étaient exclus de la classe des agnats, et par suite, ils ne pouvaient ni hériter, ni être tuteurs. Il arrivait donc souvent que l'on restait sans parents civils, bien que l'on eût des parents naturels. De là l'utilité et la nécessité même de l'adoption, qui créait, par un bénéfice de la loi, une parenté fictive, mais produisant tous les effets de la parenté véritable. Dans ce système, il n'y a aucun doute sur le caractère de l'adoption, et sur la loi qui la régit; elle crée une pater-

(1) Voyez, plus bas, nos 15-21.

nité civile, donc on applique le principe de la puissance paternelle.

Il n'en est pas de même de l'adoption française. Le code Napoléon dit que l'adopté reste dans sa famille; il prend le nom de l'adoptant, qu'il ajoute au sien, et il lui succède. L'adoptant n'est pas un père, et l'adopté n'est pas un fils. Toutefois, l'adoption a été maintenue par le législateur français comme une consolation pour les époux auxquels la nature a refusé le bonheur de la paternité, ou auxquels la mort cruelle a enlevé les enfants que Dieu leur avait donnés; il y a donc encore une faible image d'un lien de famille, qui tient lieu de la parenté du sang; c'est l'affection, la charité, la reconnaissance qui sont les mobiles de l'adoption. Tous ces sentiments, et la fiction même, sont personnels; les relations qui naissent de l'adoption ont le même caractère. Il faut donc dire que la loi qui régit l'adoption forme un statut personnel. Toutefois, il y a des différences considérables entre la puissance paternelle et l'adoption; je les signalerai.

3. La tutelle a été étendue aux aliénés, qui se trouvent dans un état habituel de fureur, de démence ou d'imbécillité. Aux termes de l'article 409 du code Napoléon, l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens; en conséquence, les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. L'assimilation n'est pas aussi complète que la loi semble le dire; toutefois elle suffit pour déclarer personnel le statut de tutelle, sans distinguer la tutelle des interdits et celle des mineurs. Je signalerai les différences et l'influence qu'elles ont sur le droit civil international.

L'interdiction n'a, en réalité, qu'un objet, c'est de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'interdit; elle est donc inutile pour la plupart des aliénés, car la folie se recrute, d'ordinaire, comme le crime, dans la fange de la misère et de l'inconduite. Des lois portées en France et en Belgique ont permis de colloquer les aliénés dans une maison de santé ou dans un hospice, sans qu'ils soient interdits; leur situation est cependant analogue; on leur nomme un administrateur, qui leur tient lieu de tuteur, c'est évi-

demment à raison de leur incapacité naturelle. Cela suffit pour mettre la collocation sur la même ligne que l'interdiction, en ce qui concerne la nature du statut. Mais il y a des différences, et il y a aussi des difficultés résultant de la rédaction peu précise de la loi qui régit les aliénés colloqués. C'est une législation qui a besoin d'être revisée.

4. La *curatelle*, dans le langage du code Napoléon, ne comprend que les mineurs émancipés; les personnes faibles d'esprit et les prodigues sont assistés par un *conseil judiciaire*. Cette différence de terminologie n'empêche pas l'analogie dans la situation de ces incapables. Ni le curateur, ni le conseil n'administrent, tandis que le tuteur agit au nom du mineur et de l'interdit, il les représente dans tous les actes civils: le curateur, dit l'article 480, *assiste* le mineur émancipé, dans les actes qu'il ne peut faire qu'avec cette assistance. Le mineur peut faire seul les actes de pure administration; pour les autres actes, il est assimilé aux mineurs non émancipés (C. Nap., art. 480). Cette assimilation décide la question de la nature du statut: l'émancipation forme un statut personnel.

Le code Napoléon (art. 513) qualifie aussi d'*assistance* la protection qu'il organise en faveur des personnes faibles d'esprit et des prodigues. Il ne parle pas des sourds et muets; c'est une question de fait, leur capacité ou leur incapacité dépend du développement intellectuel et moral qu'ils ont reçu. Il y a analogie entre l'émancipation et la situation des simples d'esprit et des prodigues; elle forme un degré intermédiaire entre la capacité et l'incapacité. C'est donc un état, ce qui décide la question du statut. Il y a aussi une analogie très importante entre l'interdiction et le conseil judiciaire, c'est qu'il faut un jugement pour interdire une personne, ou pour la placer sous conseil; l'émancipation se fait par un acte extrajudiciaire; et la tutelle des mineurs se confère par la loi, par un acte émané du dernier mourant des père et mère, ou par une délibération du conseil de famille. De là de grandes difficultés, sur le point de savoir si l'état, tel qu'il est fixé par les jugements, suit la personne en pays étranger, ou si le jugement doit être rendu exécutoire.

5. Il ne faut pas confondre l'état des incapables avec les mesures de protection que la loi organise en leur faveur. L'incapacité des mineurs, des interdits a toujours été considérée comme formant un statut personnel, dans la doctrine qui admet la distinction des statuts; d'où suit que les incapables sont régis partout par leur statut national, alors même que leurs biens seraient situés dans un pays d'après les lois duquel ils seraient capables. Autre est la question de savoir si les pouvoirs des tuteurs et administrateurs s'étendent hors du territoire où ils ont été nommés. Une question analogue se présente pour les curateurs et les conseils judiciaires : sont-ils reconnus comme tels en pays étranger? et dans quelles formes doivent-ils agir? J'examinerai ces questions après avoir établi les principes qui régissent la tutelle, la curatelle et le conseil judiciaire. Quant à la situation des incapables, le siége de la matière est au titre des *Obligations*. Les mineurs sous puissance paternelle ou sous tutelle n'agissent point, ils sont représentés par le père ou par le tuteur; mais, de fait, ils peuvent agir, naît alors la question de savoir par quelle loi est régie la validité ou la nullité des engagements qu'ils contractent. La même question se présente pour les interdits. Quant aux mineurs émancipés, aux prodigues et aux faibles d'esprit, ils parlent toujours au contrat, le conseil judiciaire n'a pas le pouvoir de les représenter ni d'agir en leur nom; reste à savoir quelle loi régira en pays étranger la validité ou la nullité des actes qu'ils font. C'est cette question que j'ajourne au titre des *Obligations*; pour le moment je ne parle que de la protection légale des incapables.

SECTION PREMIÈRE. — Du statut de la puissance paternelle, de la tutelle, de la curatelle et du conseil judiciaire.

§ Ier. — *De la puissance paternelle.*

N° 1. QU'EST-CE QUE LA PUISSANCE PATERNELLE?

6. L'objet de cette Etude est d'examiner quelle est la nature du statut, qui régit la puissance paternelle. Cette question, qui paraît si simple, a soulevé de longues controverses ; c'est une de celles sur lesquelles Merlin a varié, le réputant d'abord personnel, puis le déclarant réel. Il n'y a qu'une voie pour arriver à une solution certaine, c'est de constater avant tout l'idée que les interprètes du droit français se font de la puissance paternelle. Et ici, comme toujours, il faut remonter à la tradition coutumière ; car il est certain que le code Napoléon a consacré le droit traditionnel.

Nos anciens légistes procèdent ainsi. Boullenois examine, dans sa *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des statuts*, une difficulté concernant le statut de la puissance paternelle. Les père et mère s'étaient mariés dans un pays de droit écrit où ils avaient leur domicile; ils y eurent une fille. Six ans après la naissance de l'enfant, ils allèrent établir leur domicile dans un pays de coutumes. La mère y mourut laissant des biens dans différentes coutumes où la puissance paternelle n'avait point lieu. La fille, devenue majeure, demanda compte à son père des fruits par lui perçus des biens situés dans les coutumes qui n'admettaient point la puissance paternelle, ni par conséquent l'usufruit du père; elle invoqua le statut du domicile de sa mère lors de son décès, et le statut de la situation des biens; le père lui opposa le statut personnel de la fille lors de sa naissance. La solution du litige dépendait de la question de savoir si le statut de la puissance paternelle était réel ou personnel. Boullenois commence par examiner ce que c'est que la puissance paternelle (1).

(1) Boullenois, *Dissertation*, p. 411-413.

De droit naturel, dit-il, les père et mère ont pouvoir et autorité sur leurs enfants. Il s'agit de déterminer la nature et l'étendue de cette autorité. « L'homme, en naissant, est si faible et si peu en état de se servir de la raison dont il est doué, qu'il ne peut se défendre contre toutes les misères dont il est environné; c'est donc aux pères et mères à veiller sur leurs enfants et à leur assurer la vie qu'ils leur ont donnée. » On voit que dans la pensée du légiste français la puissance paternelle est une obligation que les père et mère contractent envers l'enfant en lui donnant la vie. « De là naît l'autorité et la puissance des pères et mères, et sans entrer dans la dispute des politiques, dont les uns donnent pour principe à cette autorité le droit de la génération seule, et d'autres le droit de l'*éducation* joint à celui de la *génération*, il est toujours certain qu'à ne consulter que la seule lumière naturelle, on sait que les enfants naissent dans la *dépendance* de leurs père et mère, et que cette dépendance donne aux pères et mères un droit de supériorité et de commandement. » Le langage des légistes et de ceux que Boullenois appelle les politiques n'est pas très exact : ils confondaient le droit et le devoir des père et mère. Cette confusion s'est perpétuée jusqu'à nos jours : de là ce mot de *liberté du père de famille* qui joue un si grand rôle dans nos débats; nos hommes politiques d'aujourd'hui, comme ceux d'autrefois, ne se demandent pas de quel côté est le droit et de quel côté est le devoir; l'éducation dont ils parlent est bien certainement un droit pour l'enfant, donc c'est une obligation pour les père et mère. Or n'est-ce pas l'éducation qui domine pendant l'enfance et la jeunesse, c'est-à-dire aussi longtemps que dure la puissance paternelle? Boullenois arrive à la même conséquence.

« Comme l'homme ne reste pas dans le même état, qu'il a ses âges différents, l'autorité des père et mère a aussi ses différents degrés. Dans le premier âge qui est celui de l'enfance, où l'homme n'a pas encore de discernement, et n'est pas capable d'agir par raison et par réflexion, les pères et mères ont une autorité entière; la raison veut que ceux qui se sont pas capables de se con-

duire eux-mêmes soient gouvernés par autrui. » L'autorité des père et mère est donc fondée sur la faiblesse de l'enfant, ce qui implique un devoir, celui de protéger l'être faible qui ne peut pas se conduire lui-même.

« Dans le second âge, l'enfant est, à la vérité, parvenu à un état de maturité et de réflexion à pouvoir se conduire; mais il est assailli par tant de passions qu'il a besoin encore d'être dirigé. » Chose remarquable, le légiste français parle toujours de l'intérêt de l'enfant; dans son premier âge, c'est sa faiblesse qui demande un protecteur; dans sa jeunesse, ses passions exigent qu'il soit guidé; Boullenois ne dit pas un mot du père, ni de ses droits, ni de sa liberté; le père protége et il dirige. Evidemment ce n'est pas là une vraie *puissance*, car celle-ci s'exerce dans l'intérêt de celui qui en est investi : c'est une mission qui demande un dévouement incessant, une abnégation sans bornes.

« Dans le troisième âge, qui est celui où les enfants ont conscience de s'établir soit par mariage, soit en travaillant pour leur compte particulier, les enfants doivent toujours se ressouvenir qu'ils doivent à leur père et à leur mère la naissance et l'éducation, et ces deux bénéfices les obligent à les regarder toute leur vie comme leurs bienfaiteurs, et à leur rendre par reconnaissance tous les devoirs de respect, d'amitié et de considération, dont ils sont capables. » C'est dire, en d'autres mots, que dans ce troisième âge il n'y a plus d'autorité paternelle; les enfants pendant toute leur vie doivent honneur et respect à leurs père et mère, c'est un devoir moral et religieux, il n'en résulte aucun droit juridique. La puissance paternelle proprement dite a pris fin du moment où l'enfant n'a plus besoin d'être protégé et dirigé.

Quelle est la conclusion de Boullenois? Le *pouvoir* des père et mère dans le premier âge est un pouvoir de « *protection* et de *défense* ». Protéger et défendre ne s'est jamais appelé une puissance : c'est un devoir envers un être qui, à raison de sa faiblesse, a droit à être protégé et défendu.

« Dans le second âge, c'est un pouvoir d'*administra-*

tion domestique et de *direction.* » *Administrer* et *diriger* n'est pas une puissance; le père administre et dirige, non dans son intérêt, mais dans celui de l'enfant. C'est, en d'autres termes, l'éducation, le développement intellectuel et moral de l'enfant; tout se rapporte à lui; c'est donc de son droit qu'il s'agit, et non d'un droit du père.

« Dans le troisième âge, c'est un *pouvoir* qui naît du *respect* et de l'*affection* que les enfants doivent avoir pour leurs père et mère. » Ici le langage est tout à fait impropre. Est-ce que la reconnaissance est un *droit* et une *puissance* pour le père? Il s'agit d'un devoir qui est du ressort de la morale; le droit est hors de cause.

7. L'auteur de l'article sur la *Puissance paternelle*, dans le *Répertoire* de Merlin, procède de même. Il entreprend une tâche pénible, dit-il, et pour la remplir, il commence par examiner l'origine et l'étendue de la puissance paternelle. Quant à l'origine, il la trouve dans les sentiments que la nature nous inspire : « Ce n'est pas une loi qui nous vient des hommes; nous ne l'avons pas apprise, nous ne l'avons lue nulle part; c'est la nature qui l'a mise au-dedans de nous, c'est un rapport qu'elle a établi elle-même entre le père et le fils; c'est un sentiment né avec eux, et qui soumet invinciblement l'un à l'autre. Dans le premier âge du monde, l'autorité paternelle était la seule connue. » Quelle idée l'auteur se fait-il de cette puissance? « *Ce n'est pas pour lui-même que le père l'exerçait*; un tribut d'*amour* et de *respect* était le *seul fruit* qu'il en tirait; c'était pour le fils, pour l'*intérêt du fils seul* qu'il lui commandait; il n'y avait ni *despotisme*, ni *avantage réel* dans cet empire, et la *supériorité* du *père* n'était que le *droit* même d'un *fils* respectueux et tendre d'avoir un *guide* dans son *enfance*, un *conseil* dans sa *jeunesse*, un *consolateur* dans ses maux, un *appui*, un *protecteur*, un *ami* toute sa vie. » Voilà l'autorité paternelle, telle que la *nature* l'a instituée. Pourquoi ne pas dire que c'est Dieu qui nous appelle à la vie, et vivre, c'est développer nos facultés intellectuelles et morales dont notre Créateur nous a doués. Œuvre sans fin, qui commence à un âge où nous avons besoin d'être guidés, dirigés. Dieu, qui nous

donne la vie, nous donne aussi des protecteurs qui président à notre éducation, jusqu'à ce que notre raison soit assez forte et notre conscience assez éclairée pour que nous puissions continuer ce travail de perfectionnement, qui n'a point de fin. L'auteur du *Répertoire* a raison de dire, et cela est essentiel, que la puissance paternelle n'est pas établie dans l'intérêt du père, que c'est un *droit* de l'enfant. Tel est le vrai principe, il en résulte que la puissance paternelle n'est ni un droit ni une liberté pour le père, c'est une obligation que la paternité lui impose. Comment se fait-il que l'on a donné le nom de puissance à ce qui est, en réalité, un devoir, une mission? Le mot vient du droit romain; à Rome, l'autorité du père était réellement une puissance, comme je vais le dire; mais aussi cette autorité n'était pas celle que Boullenois et l'auteur du *Répertoire* rapportent à la nature; Boullenois dit que c'est un pouvoir arbitraire que les lois ont créé. Les jurisconsultes l'avouaient; ils disaient que la puissance des pères sur leurs enfants était un droit particulier aux Romains, qu'il n'y avait pas de nation où cette puissance eût les mêmes effets que chez eux. L'auteur du *Répertoire* ajoute: « Ces effets portaient, dans les *commencements*, l'empreinte de la *férocité* des fondateurs de Rome (1). » N'était-ce que dans l'origine que la puissance romaine eut ce caractère *atroce?* C'est ce que nous allons voir.

8. La tradition du droit français, notamment en ce qui concerne la puissance paternelle, est double; dans les pays de droit écrit, on admettait la puissance paternelle du droit romain, tandis que dans les pays de coutume on partait du principe que « droit de puissance paternelle n'a lieu ». De là le conflit entre les deux droits que Boullenois signale dans la question qu'il traite (n° 6). Les jurisconsultes romains vont nous dire ce que c'était que la puissance paternelle à Rome.

A Rome, toute la famille reposait sur l'idée de puissance, et on entendait par là un pouvoir absolu, illimité:

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, section Ire, nos I et II (t. XXVI, p. 32, de l'édition de Bruxelles.)

c'était l'idée qu'ils se faisaient de la liberté; pour eux, être *libre* voulait dire être *souverain*, et cette souveraineté était sans limites. Le droit romain nous dira ce que signifie la *liberté du père de famille*, dont on parle tant dans nos débats politiques. La famille romaine se concentrait dans son chef, et qu'était-ce que le père de famille? « C'est, dit Ulpien, celui qui a le *domaine* dans sa maison (1). » Le domaine, c'est le droit de propriété. Nous ne comprenons plus aujourd'hui que l'on ait un droit de propriété sur des personnes; la société ancienne, et surtout la société romaine, reposait sur cette idée : le maître était le propriétaire de ses esclaves, le mari l'était de ses enfants. L'auteur du *Répertoire* n'a pas tort de dire que ce principe était fécond en conséquences *atroces*. La puissance du père étant un droit de *domaine*, l'enfant, comme l'esclave, était ravalé à l'état de chose; ainsi la puissance du père anéantissait tout droit, que dis-je? toute personnalité de ceux qui y étaient soumis. Le père a sur ses enfants les droits que le propriétaire a sur sa chose; de même que celui-ci peut user et abuser et même détruire ce qui lui appartient, de même le père pouvait mettre son enfant à mort, il pouvait le vendre; il avait, pour exercer son droit de propriété, l'action qui est donnée au maître, la revendication. On dit que ce droit barbare s'adoucit; oui, mais le principe d'où découlait la barbarie subsista : l'idée de domaine, l'absence de personnalité. Constantin, le premier empereur chrétien, permit au père indigent de vendre l'enfant qui venait de naître Dans l'ordre des droits pécuniaires, l'ancien droit se maintint. Le chef de famille et ses enfants sont censés ne faire qu'une seule personne, le père résumant en lui la capacité juridique de toute la famille : lui seul était une personne, capable de droit. De là la conséquence que l'enfant ne pouvait avoir aucun bien en propre : tout ce qu'il acquérait par son travail ou autrement devenait la propriété du chef de famille. Les enfants n'avaient pas plus de droit sur leurs personnes : ils restaient sous la puissance du père, pendant

(1) Ulpien dans la loi 195, *De Verborum significatione* (L. 16).

toute leur vie, alors même qu'ils étaient revêtus d'une magistrature, alors qu'ils avaient eux-mêmes des enfants : ceux-ci étaient avec leur père dans la puissance du chef de famille. Dans cet ordre d'idées, on ne peut pas demander si la puissance paternelle est établie dans l'intérêt des enfants, s'il en résultait un droit pour eux : est-ce qu'une chose a un droit? Toute puissance, à Rome, est établie dans l'intérêt de celui qui l'exerce, c'est son droit, il y tient à raison des avantages qu'il en retire, et les profits pécuniaires ne sont pas ceux auxquels il tient le moins. Sous l'empire, la souveraineté du peuple consistait à avoir du pain et des jeux : *panem et circenses*. Voilà la liberté romaine, et telle était aussi la liberté du père de famille.

Les principes du droit romain étaient suivis dans les pays de droit écrit. Réal, l'orateur du gouvernement, dit, dans l'exposé des motifs du titre de la Puissance paternelle, que cette puissance, telle qu'elle existait en France, rappelait encore sa *sauvage origine*. Le père seul avait la puissance paternelle; malgré les droits que lui donne la nature, la mère ne l'avait point. Il ne s'agissait pas de la nature, il s'agissait de l'intérêt du père, c'est ce qu'on appelait son droit. Voilà pourquoi l'enfant restait pendant toute sa vie sous la puissance de son père, à moins qu'il ne plût à celui-ci de l'émanciper. Le fils marié, mais non émancipé, était sous puissance avec ses enfants, conséquence révoltante, dit Réal, mais logique du principe sur lequel repose la puissance paternelle. Tout se rapportait à l'intérêt du père, les biens que l'enfant acquérait appartenaient au père, à l'exception des pécules ; mais ces pécules mêmes, il n'en pouvait disposer par testament, puisqu'il n'était pas *sui juris*, le père absorbait sa personnalité (1). Froland dit dans ses *Mémoires* que cette disposition parut importune et rigoureuse dans les conférences qui se faisaient chez le premier président de Lamoignon. Le fils ne pouvait pas même tester avec l'autorisation du père. On lit dans les *Arrêtés* du président que l'on avait vu un

(1) Réal, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. III, p. 330). Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, section II, n°s II et III (t. XXVI, p. 37), et sect. IV, n° I, p. 95.

grand seigneur, ayant femme et enfants, dans l'impuissance de tester, quoiqu'il fût arrivé à l'âge de soixante ans : il pouvait mourir sans avoir eu le droit de faire un testament (1).

9. Dans les pays de coutumes, on suivait des principes tout à fait contraires. Loysel dit, dans les *Institutes coutumières* : « Droit de puissance paternelle n'a lieu (2). » Laferrière prétend que c'est par erreur que Loysel pose cette règle comme un adage du droit coutumier (3). S'il y a erreur, elle remonte à Dumoulin (4) et à Bacquet (5). Conçoit-on que le célèbre jurisconsulte, que l'on a appelé l'oracle du droit coutumier, se soit trompé sur un point aussi essentiel des coutumes au milieu desquelles il vivait? Cependant le reproche est sérieux, et je dois m'y arrêter. Il a été formulé, au dernier siècle, par le président Bouhier, lequel est certainement un de nos meilleurs auteurs. Bouhier dit que les lois romaines ont été reçues en France longtemps avant l'établissement de la monarchie française, et qu'elles s'y sont conservées surtout par rapport à la puissance paternelle et ses principaux effets, même dans les pays coutumiers, quoique des auteurs, peu instruits de nos antiquités, aient voulu soutenir le contraire. Le président du parlement de Bourgogne avait une prédilection pour le droit écrit, et Dumoulin ne cache pas son antipathie pour le droit ultramontain. L'un et l'autre ont donné à leur pensée une expression trop absolue, mais, en définitive, leur dissentiment n'est qu'une dispute de mots. Dumoulin ne nie point que la puissance paternelle existe en France. Loysel même ne dit pas cela. Il faut bien peser les termes dont il se sert et qui sont empruntés aux coutumes; il ne dit pas : « Puissance paternelle n'a lieu », ce qui eût été une erreur grossière, puisque la plupart des coutumes la consacrent expressé-

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. II, p. 807.
(2) Loysel, *Institutes coutumières*, livre Ier, titre Ier, n° 37 (t. Ier, p. 82, de l'édition de Laboulaye).
(3) Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. Ier, p. 131.
(4) Dumoulin, sur la *Coutume de Paris*, § XXV, n° 13.
(5) Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 58.

ment (1). Il dit : *Droit* de puissance paternelle; c'est-à-dire le *droit* que les Romains donnaient au *père*. De même Dumoulin dit, dans son Commentaire sur l'ancienne coutume de Paris, que les Français n'usent de la puissance paternelle que dans certaines limites (2), et, dans ses Notes sur Decius, il explique en quoi consiste cette autorité limitée : en honneur dû au père, et dans le droit d'assister ses enfants et de les autoriser pour contracter et agir. L'honneur est du domaine de la morale; quant à l'assistance et à l'autorisation, elles ne font que couvrir l'incapacité du mineur, elles se donnent donc dans l'intérêt d'un incapable. Dumoulin oppose la puissance du droit français à la puissance du droit romain, et il marque en termes énergiques, à sa façon, quelle est la différence; la puissance romaine est un pouvoir intéressé, qui n'a en vue que le *profit* et le *lucre* du père (3). Etrange autorité que celle qui s'exerce dans l'intérêt du *protecteur*, et au *préjudice* du *protégé* (3)! Voilà la *puissance romaine*, que l'on appelle aujourd'hui la *liberté du père de famille!* A Rome, elle servait à exploiter les enfants; au dix-neuvième siècle, elle permet encore au père de retirer l'enfant des écoles, fût-ce de l'école gardienne, à sept ans, pour profiter des quelques centimes que l'enfant gagnera à la fabrique, au risque de tuer l'enfant, et avec la certitude, si celui-ci ne meurt pas, de tuer son âme, et d'en faire une brute : c'est sa liberté!

Je reviens à Bouhier. Au dix-huitième siècle, il se fit une réaction violente contre la barbarie des vieux temps : c'est le siècle de la philanthropie et de l'humanité, qui aboutit à la Déclaration des *droits* de l'*homme*. Les légistes subirent l'influence de cette révolution qui s'opérait dans les mœurs; voilà pourquoi ils niaient qu'il y eût une puissance paternelle dans les coutumes, ils enten-

(1) Merlin les énumère (*Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, section I[re], n° IV (t. XXVI, p. 34 et suiv.).

(2) « *Quadamtenus tantum* » (Glose II, *in fine*).

(3) « Non rigida illa et *quæstuaria*, peculiari Romanorum, unde pater uti potest ad *quæstum suum* de bonis filii familias et in ejus *præjudicium* ». (Commentaire sur Decius, ad Digest., lib. III, rubrique *Unde liberi*, au mot *Gallia*.

daient par là le *droit* de *domaine* que les jurisconsultes romains accordaient au père de famille. Bouhier les gourmande de ce qu'ils rejettent une puissance qui était écrite dans les coutumes. Il parle spécialement de la Bourgogne, et il veut, dit-il, détromper ses concitoyens de ces idées fausses et dangereuses, en établissant que les Français ont consacré la puissance paternelle *à peu près* telle qu'ils l'ont reçue des Romains, et qu'ils jouissent de *presque* tous les effets qui lui étaient attribués par le *dernier état* du droit romain (1). Les *à peu près* et les *presque* sont vrais pour les pays de droit écrit; c'est un euphémisme pour les pays de coutumes. Boullenois remarque qu'il y avait une grande variété dans les diverses coutumes, en ce qui concerne les droits attachés à la puissance paternelle : « Dans les unes on ne trouve que le *nom* de puissance paternelle, pour indiquer les devoirs d'obéissance et de respect que les enfants doivent à leurs pères, et ceux de *protection* et de *défense* que les pères doivent avoir pour la personne de leurs enfants. Dans les autres cette puissance donne effectivement quelques droits sur les biens des enfants, mais ces droits sont limités sur certains biens ou sont bornés jusqu'à un certain âge; mais en même temps tous les enfants parvenus à l'âge marqué peuvent, quoique en puissance paternelle, ester en jugement, agir et contracter comme personnes libres (2). » Voilà la différence radicale entre les coutumes et le droit romain; à Rome, l'enfant était dans le *domaine* du père; dans les coutumes, l'enfant était une personne libre.

Pothier résume le débat en ces termes : « On a mis autrefois en question si, dans les pays coutumiers, il y avait une puissance paternelle. Quelques auteurs ont avancé qu'il n'y en avait pas; on ne peut néanmoins douter qu'il y en ait une; mais cette puissance est *entièrement différente* de *celle* que le *droit romain* accordait aux pères sur leurs enfants, qui était *quasi quoddam jus dominii*,

(1) Bouhier. *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XVI, nos 3 et suiv. (Œuvres, t. Ier, p. 484 et suiv.)

(2) Boullenois, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des coutumes*, p. 419 et suiv.

semblable à celle que les *maîtres* avaient sur leurs *esclaves* (1). »

10. Le décret du 28 avril 1792 abolit la puissance paternelle sur les majeurs; et le décret du 20 septembre 1792 fixa la majorité à vingt et un ans. Un de nos bons interprètes, Zachariæ, reproche à la législation révolutionnaire, et par suite aux auteurs du code civil, d'avoir relâché la puissance paternelle au point de compromettre les intérêts les plus sacrés de la famille. C'est une singulière illusion qui remonte à Montesquieu. L'auteur de l'*Esprit des Lois* se plaint « que l'on ait adopté en France beaucoup de lois romaines étrangères à nos usages et à notre gouvernement, et qu'on ait rejeté la puissance paternelle, qui était un si grand ressort pour le maintien des mœurs. » Au seizième siècle, Bodin écrivait que si l'on ne rendait aux pères cette puissance, il ne fallait jamais espérer de voir les bonnes mœurs, l'honneur, la vertu et l'ancienne splendeur des républiques rétablies (2). Tel n'était pas l'avis des auteurs du code civil. « La législation romaine, dit Réal, si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte de l'une et de l'autre d'une manière bien étrange, lorsqu'elle s'occupe de la puissance paternelle. » On invoque l'intérêt des bonnes mœurs; c'est oublier que la base de la morale est l'idée du sacrifice, du dévouement, de l'abnégation. Est-ce que le père donnait des leçons de désintéressement, alors que toute la famille ne vivait que pour lui, et que tout se rapportait à son avantage, ou, comme Dumoulin dit, à son lucre? Que dire des effets de la puissance paternelle sous l'ancien droit, tel qu'on le pratiquait encore en France au moyen âge? On lit dans le Glossaire du droit français que, même sous la seconde race de nos rois, il était permis aux pères de vendre leurs enfants pour subvenir à leurs nécessités. Qu'on veuille bien nous dire ce que l'esclavage a de commun avec les bonnes mœurs. Baluze nous apprend qu'on maintenait encore, au treizième siècle, l'ancien usage qui autorisait les pères à con-

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. Ire, tit. VI, sect. II.
(2) Bodin, *De la République*, livre Ier, chap. IV.

sacrer irrévocablement leurs enfants, même dès le ventre de leurs mères, à la profession monacale (1). Voilà une étrange façon de développer les bonnes mœurs !

Avouons-le, les Germains avaient un sentiment plus juste de la vraie moralité et des rapports qui doivent exister entre le père et l'enfant. L'adage que Loysel place parmi les principes du droit coutumier, se trouve déjà chez les Longobards : non pas qu'ils méconnussent les liens de la famille ; le père en était le chef, il la représentait, c'est à lui qu'appartenait la composition de tous les siens; mais il n'en était plus le maître, il en était le protecteur. La *puissance* se change en *tutelle;* le *domaine* du père de famille devient la *mainbournie*, la *garde;* et la garde n'était autre chose que le devoir d'éducation. Les peuples du Nord, méprisés comme Barbares, avaient une idée plus vraie de la nature et de ses droits que les nations tant célébrées de l'antiquité. Ils ont donné aux peuples modernes le principe de l'individualité, racine de notre liberté civile et politique. Ils respectent la personnalité jusque dans l'enfant qui vient de naître. L'enfant, en naissant, a son individualité, c'est-à-dire sa mission, que Dieu a marquée dans les facultés qu'il lui donne. Son droit, et son droit sacré, inaliénable, est de développer ses facultés intellectuelles et morales. Dieu lui donne un protecteur, un guide pour diriger ses premiers pas dans la voie sans fin de l'éducation. Voilà le seul droit du père; disons mieux, voilà son devoir, car de droit proprement dit, il n'en a pas ; le droit est à l'enfant. Si nos lois, à l'exemple des coutumes, donnent au père une certaine autorité sur l'enfant, c'est parce que cette autorité lui est nécessaire pour qu'il puisse remplir son devoir. Le père a le devoir de direction et d'éducation ; il faut donc qu'il ait le droit de garde et de correction. Voilà toute notre puissance paternelle, c'est celle des coutumes. Il faut donc dire, sous l'empire du code civil, ce que Dumoulin disait sous les coutumes : « Droit de puissance paternelle n'a lieu. » Si

(1) Voyez les témoignages dans le *Répertoire* de Merlin, au mot *Puissance maritale*, sect. Ire, n° III (t. XXVI, p. 34).

j'insiste tant sur la véritable notion de la puissance paternelle, c'est qu'elle est encore méconnue de nos jours. On parle beaucoup de la liberté du père de famille ; c'est le contraire qui est écrit dans nos lois.

11. Qu'est-ce que la puissance paternelle dans les coutumes? Bourjon répond : « C'est un pouvoir de *direction*, tempéré par la piété paternelle (1) ». Réal reproduit la définition, et en la développant, il répète presque littéralement ce que Boullenois avait dit : c'est un devoir de protection, de défense, de conseil et de direction. Cela ne s'appelle pas un droit, c'est un devoir. Pothier dit que dans les pays coutumiers la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses : 1° dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en état de se gouverner eux-mêmes ; c'est le devoir d'éducation : 2° dans le droit qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance. Le code civil ne fait que formuler ces règles en articles de loi : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » (art. 371). Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372). De ce droit suit, dit Pothier, que les père et mère ont le droit de retenir leurs enfants auprès d'eux. « L'enfant, dit le code, ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de son père » (art. 374). De là suit encore, dit Pothier, que les père et mère ont le droit de correction. Le code civil leur accorde ce même droit (art. 375).

Je crois que ma démonstration est complète. Il n'y a plus de puissance paternelle, dans le sens des Romains. Cette puissance était établie dans l'intérêt du père, pouvoir égoïste, comme celui du propriétaire sur sa chose. D'après les coutumes, et d'après notre code, l'enfant a droit à être élevé, et ce droit impose au père une obligation. Tout se rapporte à l'enfant : à lui le droit, au père le devoir.

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. Ier, p. 34. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 341, suiv.

N° 2. QUELLE EST LA NATURE DU STATUT DE PUISSANCE PATERNELLE.

12. Si l'on s'en tient à la théorie coutumière de la puissance paternelle, la question que je viens de poser n'en est plus une : peut-on demander si le droit de l'enfant à l'éducation est un statut réel? et si le devoir imposé au père a un caractère de réalité? Cela n'a pas de sens, cependant la question était très controversée dans l'ancien droit, et elle l'est encore aujourd'hui. La raison en est que, dans les pays de droit écrit, le père avait des droits considérables sur les biens des enfants; tout ce qu'ils acquéraient appartenait au père; il n'y avait d'exception que pour les pécules; mais le père était usufruitier des biens dont l'enfant avait la propriété. Ces droits n'existaient point dans les coutumes, elles ne connaissaient que les droits de garde noble et de garde bourgeoise. Les auteurs du code civil, consacrant les principes du droit coutumier, auraient dû refuser aussi au père tout droit sur les biens des enfants; c'est par une singulière inconséquence qu'ils établirent l'usufruit légal au profit des père et mère, et c'est ce droit sur les biens qui a fait naître des doutes et des controverses. J'ai dit, dans l'Introduction historique de ces Etudes, que les anciens légistes, même ceux qui donnaient le plus à la personnalité, maintenaient la règle féodale, d'après laquelle « toute coutume est réelle ». C'est la formule de Dumoulin. On fit une exception pour les statuts qui concernent l'état et la capacité des personnes; mais dès que les biens étaient en cause, la réalité reprenait son empire. Or, la puissance paternelle des Romains tenait aux biens beaucoup plus qu'aux personnes : Dumoulin la flétrit en disant que c'était un pouvoir de profit et de lucre. Il en résultait un conflit fréquent entre le droit écrit et le droit coutumier. Si l'enfant possédait des biens situés dans les pays de coutumes, où la puissance paternelle n'existait point, le père avait-il l'usufruit de ces biens, ou, s'il y a lieu, la propriété? L'affirmative était certaine si l'on admettait la personnalité du statut; tandis que, s'il était réel, le père n'avait de droit que sur les biens situés dans les pays de droit écrit. Mais

si la réalité du statut limitait les droits du père, qui avait la puissance romaine, au territoire de son domicile, par contre, elle donnait au père, qui avait la puissance coutumière, un droit sur les biens situés dans les pays de droit écrit. Le conflit s'est renouvelé sous l'empire du code civil; il donne aux père et mère l'usufruit légal des biens de leurs enfants; le droit anglo-américain ne donne aucun droit sur les biens au père : de là la question de savoir si le père français a l'usufruit des biens situés en Angleterre, et si le père anglais a la jouissance des biens situés en France.

13. Il y a dans ce long débat une autre singularité. On s'attendrait à voir les légistes des pays coutumiers, qui n'admettaient la puissance paternelle qu'à titre de direction ou de devoir, prendre parti pour la personnalité du statut de puissance personnelle; tandis que les romanistes auraient dû se prononcer pour la réalité, puisque la puissance romaine consistait essentiellement en droit sur les biens. C'est le contraire qui arrive. Bouhier, grand partisan de la puissance romaine, soutient presque seul la personnalité du statut; Boullenois et Froland penchent pour la réalité. La raison en est que la féodalité avait des racines plus profondes dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit; de là la tendance des coutumiers à réaliser les statuts, par respect pour la maxime féodale que toute coutume est réelle, et le penchant des romanistes pour la personnalité. Bouhier est tout entier dans cet ordre d'idées.

Bouhier dit que les lois romaines sur la puissance paternelle ont été reçues dans les pays de coutumes comme dans les pays de droit écrit. A considérer cette origine, dit-il, on ne saurait douter que la loi qui a constitué la puissance paternelle ne soit tout à fait personnelle; car Justinien l'appelle *jus in liberos*, abstraction faite des biens; et même à en regarder la source, cette puissance ne pouvait avoir de rapport aux biens, puisque le fils de famille anciennement n'en pouvait avoir aucuns, à l'exception des *castrenses* sur lesquels le père n'avait rien à prétendre. L'argument est singulier. Pourquoi les enfants

n'avaient-ils rien qui leur fût propre? Parce que tout ce qu'ils acquéraient devenait la propriété du père : est-ce qu'un droit qui dépouille les enfants au profit du père ne porte pas essentiellement sur les biens? Dumoulin avait donc raison de qualifier de *quæstuaria* la puissance romaine. Bouhier ajoute que dans la suite le nouveau droit reconnut aux fils de famille la propriété de leurs biens adventices, et n'en laissa aux pères que l'usufruit, leur vie durant. Dès ce moment, la puissance paternelle eut quelque effet sur les biens; mais ce ne fut que par conséquence et *secundario*, pour me servir du langage des interprètes, et comme cet usufruit n'était qu'une portion du droit qui appartenait jadis aux pères, il n'a pas pu changer la nature de la puissance paternelle.

Bouhier cite à l'appui de la personnalité la plupart des auteurs, à commencer par le plus décidé des réalistes, d'Argentré. Il est très vrai que les légistes statutaires semblaient s'accorder à considérer comme personnel le statut de la puissance que le père a sur ses enfants, mais cet accord n'était qu'apparent. On ne pouvait guère nier que l'autorité du père sur ses enfants fût une loi personnelle : elle déterminait l'état des enfants, et entraînait leur incapacité à peu près complète. Mais la question changeait de face quand on demandait quelle était la nature des droits du père sur les biens de ses enfants. Boullenois fit sur ce point une ample et savante dissertation : il pose des principes qui étaient généralement admis, et qui semblent déterminer la personnalité du droit. La puissance du père, dit-il, est incontestablement personnelle; il avoue que les droits du père sur les biens du fils de famille sont la suite et la conséquence de la même puissance : n'en fallait-il pas conclure que l'accessoire suit la nature du principal? Non, dit Boullenois, il faut voir quel est l'objet du droit; or les droits du père sur les biens de l'enfant sont des droits réels, puisqu'ils tendent à la jouissance des héritages; comment un droit d'usufruit, portant sur des immeubles, serait-il un statut personnel, lequel a pour objet l'état et la capacité des personnes? Bouhier répond que les droits utiles des pères sur les biens

de leurs enfants sont distingués des droits honorifiques sur leurs personnes, mais ils n'en sont pas moins un accessoire du principal; donc ces droits ont la même nature que le principal. Il cite encore un autre adage logique : l'effet est réglé par la cause, et il en prend la nature: or, on ne peut douter que la jouissance des biens des enfants ne soit un effet de la puissance paternelle, elle est donc de même nature, et doit avoir la même étendue (1).

Froland partageait les scrupules de Boullenois. Il avoue que rien ne semble plus attaché à la personne que le droit de puissance paternelle, et cependant il a été jugé formellement que c'est un statut réel. L'autorité qui s'attachait à la jurisprudence l'entraîne à admettre la réalité du statut de la puissance paternelle, en tant qu'elle concerne les biens. Je n'entre pas dans la discussion des arrêts : Bouhier fait à ce sujet une remarque que je recommande aux publicistes anglo-américains qui aiment à citer la jurisprudence française, comme si elle avait force de loi : « Quand il y aurait des arrêts contraires, dit le président du parlement de Bourgogne, quelque respect que j'aie pour eux, j'en ai encore plus pour la raison. L'expérience m'a appris que les compagnies mêmes qui les rendent ne cèdent à leur autorité que quand, d'ailleurs, elles les trouvent conformes aux règles : il n'y a que les petits génies qui se rendent aux exemples sans examen : « *Plebeja ingenia magis exemplis quam ratione capiuntur* », disait un ancien (2).

14. La controverse a été renouvelée sous l'empire du code civil. Merlin commença par se prononcer pour la personnalité du statut de puissance paternelle, et il le fait sans manifester un doute. « La puissance paternelle, dit-il, est un *état* proprement dit, une *condition* véritable; ainsi l'on ne peut douter que la loi qui l'admet ou la rejette ne soit un statut personnel, et ne s'étende par con-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 38 et suiv. (Œuvres, t. Ier, p. 674 et suiv.). Comparez Boullenois, *Dissertation sur les coutumes*, question XX, p. 422 et suiv.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 75 et suiv. (Œuvres, t. Ier, p. 681 et suiv.).

séquent hors de son territoire. » Merlin changea d'avis, à l'occasion du changement de domicile du père et de son influence sur la puissance paternelle. Il avait d'abord admis la conséquence de la personnalité du statut, c'est-à-dire que la puissance du père reste fixée par sa loi personnelle, quand même il changerait de domicile, et s'établirait dans un pays où il y a des principes différents sur la puissance paternelle. Merlin revint sur cette opinion, par le motif qui l'a fait varier sur la question analogue de l'autorisation maritale. Il suppose qu'un enfant naisse sous une loi qui n'admet point la puissance paternelle; pendant sa minorité son père va demeurer dans un pays de droit romain, où les enfants restent sous puissance pendant toute leur vie, à moins qu'ils ne soient émancipés par un acte solennel. L'enfant pourrait-il prétendre qu'il n'est pas soumis à la puissance de son père, étant né dans un pays gouverné par une loi différente? Très certainement les magistrats lui diraient : « Les lois qui intéressent l'*ordre public* et les *bonnes mœurs* obligent tous ceux qui habitent le territoire qu'elles régissent, et elles les obligent, du moment qu'ils y mettent le pied. Or, telle est, suivant les notions que nous ont transmises nos ancêtres, la loi qui soumet l'enfant à la puissance paternelle. Que nous importe donc que vous ayez vécu précédemment sous une loi plus relâchée? Nous ne pouvons pas souffrir qu'en vivant ici dans une indépendance qui offenserait des usages sacrés pour nous, vous donniez à nos enfants des exemples funestes. »

Merlin ne nie pas que la puissance paternelle soit un statut personnel, mais il croit que ce statut est dominé par la loi territoriale, parce que celle-ci intéresse l'*ordre public* et les *bonnes mœurs*. J'ai déjà rencontré cette argumentation, et je viens d'y répondre d'avance en établissant quel est le vrai caractère de la puissance romaine. Ce n'est pas pour former les mœurs, ce n'est pas dans un intérêt général que le droit romain reconnaît au père une puissance qui n'existe dans aucun pays ; c'est un pouvoir établi dans l'intérêt du père, et un intérêt pécuniaire, dit Dumoulin : peut-on dire qu'un pouvoir de lucre et d'argent

soit une de ces lois qui intéressent l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société, et qui, à ce titre, dominent le statut personnel de l'étranger? Ce que l'on peut dire de plus favorable pour la puissance paternelle des Romains, c'est qu'elle est l'expression du génie de la race; mais par cela même elle forme un statut personnel, puisque ce statut se confond avec la nationalité : Un Germain ne devient pas un Romain par cela seul qu'il s'établit sur une terre romaine; laissez-lui donc la loi qui est fondée sur le génie de sa race; tout ce que le Romain peut demander, c'est que, par courtoisie internationale, on lui permette aussi de vivre à l'étranger, d'après sa loi nationale. La société n'a pas, en cette matière, un droit essentiel à opposer à l'application de la loi étrangère; les relations entre père et fils se passent dans l'intimité de la famille. Que le législateur règle la condition des familles qui sont sous sa dépendance, et pour lesquelles il a charge d'âmes; mais il ne saurait avoir la prétention de régenter des familles qui appartiennent à une autre race.

13. La question que Merlin discute en termes généraux présente des difficultés particulières dans son application à l'usufruit légal. Je dois avant tout examiner le fondement et la nature de cet usufruit que les auteurs du code civil empruntèrent au droit romain, alors qu'ils repoussaient presque avec mépris les principes du droit romain sur la puissance paternelle.

Constatons d'abord que l'usufruit légal, tel que le code Napoléon l'admet, n'existait pas dans l'ancien droit. Les coutumes établissaient seulement une jouissance au profit du *survivant* de deux *époux nobles*, lequel avait le droit de percevoir à son profit les revenus des biens que les enfants avaient hérités du prédécédé. On l'appelait *garde noble*, parce qu'elle n'appartenait qu'aux nobles, ce qui s'explique par l'origine féodale de cette institution. Les fiefs étaient une concession de biens faite sous charge de service militaire. Lorsque des mineurs succédaient au vassal, le seigneur se mettait en possession des biens jusqu'à ce que les héritiers eussent atteint l'âge où ils pussent prester le service militaire, soit personnellement,

soit par leurs maris. Les mineurs ne remplissant pas la charge féodale attachée aux fiefs ne pouvaient avoir droit aux revenus des biens. Il était naturel de les attribuer au seigneur qui avait la garde des enfants et qui, à ce titre, était chargé de les élever, c'est-à-dire de les dresser au service des armes. Plus tard la garde fut confiée au père, ou aux autres parents mâles des mineurs, toujours avec obligation de les élever. Enfin la garde fut étendue à tous les biens, même non féodaux, qui appartenaient aux enfants. La jouissance qu'on accordait aux gardiens était considérée comme une récompense de l'éducation dont ils avaient les soins et les embarras. La garde ainsi modifiée ne s'ouvrait toujours que par la mort de l'un des père et mère.

Il y avait aussi une *garde bourgeoise ;* ce n'était autre chose que la *tutelle légitime* du *survivant des père et mère*, sans droit aucun sur les biens du pupille. Par exception, les bourgeois de Paris avaient, sous le nom de *garde bourgeoise,* la jouissance des biens que les enfants héritaient du prédécédé (1).

On voit que la *garde*, même accompagnée de jouissance, était tout autre chose que l'usufruit légal du code Napoléon. Aux termes de l'article 389, le père a *pendant le mariage* la jouissance des biens de ses enfants, tandis que, dans l'ancien droit, il n'y avait pas lieu à la garde pendant la vie des père et mère. Les auteurs du Code ont transformé la garde, d'abord en la généralisant, puis en accordant la jouissance légale des biens de l'enfant au père pendant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. Quels sont les motifs de ces innovations? L'orateur du gouvernement les expose dans son discours :

« La loi romaine accorde au père (sauf l'exception des divers pécules) tout ce qui appartient à l'enfant pendant la vie du père. La plupart des coutumes ne reconnaissaient pas de droit utile attaché à l'exercice de la puissance pater-

(1) Pothier, *Traité sur la garde noble et bourgeoise,* article préliminaire, nos 1-12.

nelle, et celle de Paris garde sur ce point le silence le plus absolu; car il ne faut pas confondre avec la *jouissance légale* le droit qui résultait de la *garde noble ou bourgeoise*, accordée au *survivant* sur les biens des enfants mineurs.

« Ainsi, dit Réal, une législation accorde *tout*, tandis que l'autre ne donne *rien*. C'est en évitant ces *deux extrêmes* que le projet propose d'attribuer au *père, pendant le mariage*, la jouissance des biens de ses enfants, et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère (1). »

L'usufruit légal a donc été admis comme une transaction entre les deux législations qui régissaient l'ancienne France, les coutumes et le droit romain. Les motifs exposés par Réal témoignent contre l'innovation qu'ils doivent justifier. Pour qu'il y ait lieu à transiger, il faut qu'il y ait des droits douteux en présence et en conflit. Quels étaient ces droits dans l'espèce? Y avait-il un doute quelconque en ce qui concerne les droits que la loi romaine attachait à la puissance paternelle? Non, pas le moindre, car les auteurs du code étaient unanimes à rejeter cette puissance comme injuste et barbare; Dumoulin lui reprochait de n'avoir en vue que le profit et le lucre du père. Ainsi ce que l'on réprouvait dans la puissance romaine, c'étaient surtout les droits pécuniaires qu'elle donnait au père, au préjudice des enfants. Le législateur français ne cachait pas sa préférence pour le droit coutumier; on avait même proposé de rejeter le nom de *puissance paternelle*, tellement elle était antipathique aux jurisconsultes coutumiers qui siégeaient au conseil d'Etat, et effectivement elle ne figure que dans l'intitulé; dans les dispositions du titre, le mot de *puissance* est remplacé par celui d'*autorité*. Adoptant le principe des coutumes, ne fallait-il pas admettre les conséquences qui en résultent? Le père n'a plus de droits proprement dits sur la personne de l'enfant, sauf la garde et la correction, qui ne sont que des moyens d'éducation. Pourquoi lui donne-t-on des droits sur les biens? C'est précisément maintenir

(1) Réal, *Exposé des motifs*, n° 15 (Locré, t. III, p. 333).

ce que les légistes coutumiers réprouvaient; la *puissance paternelle* devient un droit purement pécuniaire.

Les raisons que Réal donne pour justifier l'usufruit légal sont plus que faibles. De ce que le droit romain violait les droits de l'enfant en le dépouillant de ses biens, au profit du père, tandis que les coutumes ne lui donnaient rien, parce qu'il n'avait droit à rien, les auteurs du code civil concluent qu'il faut lui donner quelque chose, et ils lui donnent en conséquence l'usufruit de tous les biens de l'enfant. La logique conduit à une tout autre conclusion. Le code répudie le principe romain, d'après lequel la puissance paternelle est un *droit* pour le père; il consacre le principe des coutumes qui considèrent l'autorité du père comme un devoir d'éducation. Si le père n'a pas de *droit* sur la *personne* de l'enfant, il ne peut avoir aucun *droit* sur ses biens : si le *droit* est pour l'enfant, et si le père n'a que des *devoirs*, à quel titre le *droit* de l'*enfant* aboutit-il à le dépouiller, et à quel titre le *devoir* du *père* conduit-il à l'enrichir?

16. Les auteurs sont très embarrassés pour justifier un droit qui n'a aucune raison d'être. Pothier dit que la jouissance des biens que l'ancien droit donnait au *gardien noble* était une récompense de l'éducation dont le gardien avait la charge. L'idée d'une récompense est en opposition avec l'essence même de la puissance paternelle, telle que les coutumes et le code à leur suite la comprennent. Cette prétendue puissance n'est rien qu'un devoir; les parents, par cela seul qu'ils donnent la vie à l'enfant, sont obligés de l'élever. Est-ce que le père peut exiger une récompense pour avoir rempli son devoir? On apprend aux enfants, à l'école que l'on doit remplir son devoir parce que c'est le devoir; on leur dit que ceux qui remplissent leur devoir en vue d'une récompense sont des mercenaires, qui ne méritent pas ce qu'ils reçoivent; et puis, au sein de la famille, l'enfant verra son père jouir de ses biens, à titre de récompense, parce qu'il veut bien élever son enfant, devoir dont il s'acquitte d'ordinaire très mal! Voilà une singulière leçon de morale que le père donne à ceux qu'il doit élever; il pratique une morale intéressée, c'est-à-dire

une morale immorale. C'est une contradiction dans les termes, une absurdité logique et morale.

Proudhon appelle l'usufruit légal un *traitement* (1). Le mot n'embellit pas la chose. Convient-il que le père soit le salarié de ses enfants? Et si un salaire lui était dû, il devrait être proportionné au travail. Cela conduirait à des discussions très irritantes parfois, quoique très fondées. Et si, au lieu de remplir ses devoirs, le père les négligeait, il serait tenu de dommages-intérêts! Quand l'enfant a des biens, le père doit les administrer, et en principe on peut soutenir que tout administrateur devrait être salarié. C'est une mauvaise gestion, en général, que celle qui est gratuite. Toutefois nos lois ne donnent aucun salaire, aucune récompense à un administrateur qui continue à remplir la charge que le code impose au père : le tuteur prend soin de la personne de l'enfant, il l'élève, il dirige son éducation, et il administre ses biens comme un bon père de famille. C'est d'ordinaire un parent, ce peut aussi être un étranger. Pourquoi une charge si lourde n'est-elle pas salariée? Parce que la loi veut que le tuteur remplisse ses devoirs par affection pour son pupille, et l'affection ne se paye point. Voilà la vraie morale. Et le père ne doit-il pas, bien plus que le tuteur, agir par affection? L'enfant n'est-il pas le sang de son sang? Y a-t-il un amour plus pur, plus désintéressé, plus illimité que celui du père pour son enfant? Et la loi trouve bon de *récompenser* cette affection, et de la *salarier*. N'est-ce pas avilir et humilier le père? Effectivement la loi, après lui avoir donné un traitement, disons mieux, un salaire, le traite comme un salarié. Pourquoi l'usufruit cesse-t-il à dix-huit ans, alors que la puissance paternelle, à laquelle il est attaché, dure jusqu'à la majorité? L'orateur du gouvernement répond : « Si les pères jouissaient des biens de leurs enfants jusqu'à la majorité de ces derniers, on aurait à craindre que, pour se conserver cet avantage, ils ne se refusassent à consentir à une émancipation ou à un mariage dont pourraient dépendre le *bonheur* et la fortune de leurs enfants (2). »

(1) Proudhon, *Traité du droit d'usufruit*, t. I[er], p. 156, n° 126.
(2) Réal, *Exposé des motifs*, n° 15 (Locré, t. III, p. 333).

Un père qui sacrifie à son intérêt pécuniaire le *bonheur* de ses enfants! Voilà à quoi l'on aboutit quand on traite les parents en mercenaires. Ecartez des relations de père et d'enfant toute idée de profit et de perte : il ne faut pas que l'enfant puisse dire que son père s'enrichit à ses dépens, et il ne faut pas que le père usufruitier ait la pensée de s'enrichir au dépens de ses enfants nus propriétaires, en abusant de sa jouissance, comme cela se voit en Angleterre, dans les grandes familles, en matière de substitution.

Toullier a une autre explication; il ne convient pas, dit-il, que le père soit comptable de sa gestion envers ses enfants : « Il est contraire à la morale de ne présenter aux enfants leur père ou leur mère que sous l'aspect d'un homme d'affaires dont les comptes doivent être rendus de clerc à maître et suivis de discussions, souvent de procès qui ne peuvent s'accorder avec la piété filiale (1). » Tous les auteurs reproduisent cette justification de l'usufruit légal. Ils oublient que le père est toujours comptable de son administration pour la propriété des biens dont il a la jouissance, et pour la propriété et les revenus des biens dont il n'a pas l'usufruit. Ils oublient encore que l'usufruit légale cesse quand l'enfant a dix-huit ans; de sorte que, pendant trois ans, le père est simple administrateur et comme tel comptable du capital et des revenus. L'explication de Toullier, imaginée après coup, n'explique rien, et ne prouve qu'une chose, c'est qu'il n'y a pas de bonne raison à donner d'un droit qui est contraire à la raison.

17. Le droit anglais est plus logique et plus moral; il assimile le père au tuteur, l'un et l'autre sont gardiens, et n'ont, comme tels, aucun droit sur les biens des enfants qu'ils sont chargés d'élever : la charge d'âmes ne devrait jamais être assimilée à un mandat salarié. Le père et le tuteur ont l'administration des biens, et ils en rendent compte, à la majorité de l'enfant (2). Tel est aussi le droit des Etats-Unis. Le père n'est qu'un gardien, c'est-à-dire un administrateur; comme tel il a des devoirs, et il n'a que les droits qui lui sont nécessaires pour remplir ses devoirs,

(1) Toullier, *Le Droit civil français*, t. II, p. 187, n° 1060.
(2) Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. Ier, p. 453 (7e éd.).

sans aucun avantage pécuniaire (1). C'est le vrai principe.

L'usufruit légal a été maintenu par le code des Pays-Bas et par le code italien, avec des modifications qui ne touchent pas à l'essence du droit. D'après le code d'Italie, le père conserve la jouissance jusqu'à la majorité de l'enfant, sauf à le faire cesser par l'émancipation (art. 228), ce qui est plus logique que le système français.

18. Quand on s'en tient à la nature de l'usufruit légal, et aux motifs que l'on a donnés pour le justifier, il est facile de décider la question de savoir si la loi qui l'établit est un statut personnel ou un statut réel. Est-ce une récompense, comme on le disait, dans l'ancien droit, de la garde noble, il faut décider que la jouissance est l'accessoire de la puissance paternelle, c'est-à-dire du devoir d'éducation; ce devoir est essentiellement personnel, puisqu'il tient à l'incapacité de l'enfant, d'ailleurs un devoir ne saurait être réel; or, on ne conçoit pas que l'accessoire ait une autre nature que le principal. La nature du salaire n'en change pas l'essence; si l'on accordait au père un tantième sur les revenus, trois pour cent par exemple, comme quelques lois le font pour le tuteur, on ne dirait certes pas que ce salaire forme un statut réel; pourquoi deviendrait-il réel si, au lieu d'une fraction des revenus, on donne tous les fruits au père? Que si l'on préfère l'explication de Toullier, on ne trouve encore aucun caractère de réalité dans des relations de piété filiale et d'amour paternel; il n'y a donc aucun motif pour déclarer le statut réel. Le bon sens est d'accord avec le droit. L'usufruit légal est-il une récompense, le père en doit jouir partout : pourquoi jouirait-il d'un salaire en France, tandis qu'il n'en aurait pas en Angleterre? Est-ce à raison de la dignité du père, et du respect que l'enfant lui doit, que le père perçoit les fruits sans être tenu de rendre compte de l'emploi qu'il en fait, on aboutit à la même conséquence: est-ce que par hasard le père aurait droit au respect de son enfant en France, tandis qu'il n'y aurait aucun droit en Angleterre?

La question a encore une autre face. Il va de soi que

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, lecture XXXI, p. 268 (220) et suiv. (12e édition, 1873).

le père Anglais ne peut pas réclamer en France la jouissance des biens que son enfant y possède; car il n'a pas la qualité à raison de laquelle l'usufruit est accordé au père, il n'a point la puissance paternelle, telle qu'on l'entend en France, il ne peut donc avoir les avantages attachés à cette puissance; il est simple gardien, comme le tuteur, et comme administrateur il n'a droit à aucun salaire; il serait par trop absurde de dire que la situation des biens donne au père une qualité qu'il n'a point d'après son statut personnel. Mais il y a un doute quand un père Français réclame la jouissance des biens que l'enfant possède en Angleterre; son statut personnel l'y autorise, mais ce statut n'est-il pas en opposition avec une loi d'intérêt social qui domine le statut personnel? La loi anglaise ne connaît pas la puissance paternelle, et c'est par des raisons qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs; je me sers des expressions généralement reçues. Il est certain que les légistes anglo-américains considèrent la puissance romaine comme un statut réel, ce qui veut dire qu'elle doit être renfermée dans les limites du territoire où elle est établie, donc elle ne peut avoir aucun effet en Angleterre : elle est contraire à la liberté anglaise, qui donne à l'enfant plein pouvoir sur sa personne dès qu'il est majeur (1). Or, l'usufruit légal est un débris de la puissance que le droit romain donnait au père; l'effet doit disparaître avec la cause. Rejetant la puissance paternelle comme incompatible avec leurs idées de droit, de morale, de liberté, les Anglais ne peuvent pas admettre l'usufruit qui en est une dépendance. Il y a du vrai dans cette manière de voir : toutefois je crois que c'est exagérer le principe de la réalité. La puissance paternelle des Romains est hors de cause; je reconnais qu'elle anéantissait la personnalité de l'enfant et qu'elle portait atteinte à sa liberté; si elle était encore aujourd'hui ce qu'elle était jadis, il faudrait décider sans hésiter que la loi anglaise domine le statut de l'étranger qui voudrait exercer cette puissance. Mais il ne s'agit plus de la puissance romaine, il

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 25, § 25 (7e édition).

y a de cela une preuve qui est décisive; c'est que le droit français repose sur le même fondement que le droit anglais; dans l'une et l'autre législation, on suit la règle coutumière que *puissance paternelle n'a lieu*. Si le code Napoléon a maintenu et étendu le droit de *garde noble*, cela n'a plus rien de commun avec la puissance du père de famille romain; c'est une inconséquence, et le droit n'est que pécuniaire. Or, peut-on dire que l'existence de la société anglaise, sa conservation, son perfectionnement soient compromis parce qu'un père Français perçoit les fruits d'un héritage situé en Angleterre? Il n'y a que des intérêts privés en cause, donc le statut est personnel sans qu'on puisse l'écarter par la considération d'un intérêt social qu'aurait l'Angleterre à repousser le père Français qui demande à jouir d'un fonds qui y est situé.

10. Telle est la solution de la question que je discute si on l'examine en théorie, abstraction faite de la tradition. Mais, dans notre science, il est impossible de faire abstraction du droit traditionnel, puisque le code Napoléon l'a consacré dans son article 3. C'est ce que les auteurs modernes oublient parfois. Je renvoie à l'Introduction historique de ces Etudes, et j'y reviendrai plus loin. Or, si l'on remonte à la tradition, il y a des doutes sérieux sur la nature de l'usufruit légal. C'est un droit qui frappe les immeubles en vertu de la loi; et les immeubles peuvent-ils être grevés d'une servitude par une loi étrangère? Les statutaires posent comme principe que les coutumes sont réelles, ce qui signifie qu'elles sont souveraines; la souveraineté est indivisible, elle embrasse tout le territoire, aucune partie du sol ne peut être gouvernée par une loi étrangère, ni être démembrée au profit d'un étranger par son statut personnel. Cela paraît décisif pour la réalité : si, aux termes de l'article 3 du code Napoléon, les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française, il faut dire aussi que les immeubles situés en Angleterre sont régis par la loi anglaise, ce qui exclut l'usufruit légal du père étranger sur les biens que son fils possède en Angleterre.

L'argumentation paraît décisive, mais elle est trop

absolue. Notre science n'a pas la rigueur que les formules de l'article 3 semblent lui donner. Le texte même du code civil le prouve. A côté de la règle qui réalise toutes les lois concernant les immeubles, il y en a une autre qui déclare personnelles les lois qui concernent l'état des personnes : or, l'usufruit légal ne tient-il pas à l'*état* du père et de l'enfant? C'est parce que les relations entre père et enfant sont essentiellement personnelles que les anciens légistes, tous sans distinction, se prononçaient pour la personnalité du statut qui régit la puissance paternelle. Il est vrai que cet accord cessait quand il était question des droits que le père a sur les biens de l'enfant. Ici la tradition fait naître un doute. Si elle était unanime pour la réalité du droit de *garde*, il faudrait la maintenir, et décider, sans hésiter, que le code civil doit être entendu dans le même sens. Mais la tradition n'était pas unanime; les auteurs étaient divisés, ainsi que la jurisprudence. C'est ce qu'il importe de constater, car le code Napoléon a maintenu la tradition telle qu'elle était; si elle était indécise, il l'a maintenue indécise, ce qui permet de discuter les questions controversées; de soutenir l'opinion qui paraît le mieux convenir aux principes de la science.

Bretonnier, dans ses notes si excellentes sur Henrys (ce sont les expressions de Boullenois), s'est prononcé pour la personnalité; je cite ses paroles : « On demande si les pères domiciliés dans les pays de droit écrit, dont les enfants ont des biens dans les pays de coutumes, jouissent des fruits de ces biens, c'est-à-dire si le droit de puissance paternelle étend son effet partout. Cette question ne me semble pas susceptible d'une grande difficulté, parce que la puissance paternelle est un droit personnel, et, par conséquent, il ne peut être borné par aucun territoire; car c'est une maxime certaine, même dans les pays de coutumes, que les statuts personnels sont universels, et produisent leur effet partout. D'ailleurs les fruits sont des choses mobilières; et les meubles suivent les personnes et se règlent suivant les coutumes du domicile (1). » Il y

(1) Bretonnier, sur *Henrys*, t. II, livre IV, quest. 13.

avait un arrêt du parlement de Paris en ce sens, rendu en grande connaissance de cause. Mais il y avait aussi un arrêt en sens contraire, et le principe de la réalité des coutumes entraîna Froland et Boullenois; ils reconnaissent que la puissance du père forme un statut personnel, mais ils soutiennent qu'un droit d'usufruit sur des immeubles est nécessairement réel. A leur autorité j'opposerai celle de Bouhier, le meilleur sans contredit des jurisconsultes statutaires. Pour que le statut fût réel dans la doctrine traditionnelle, il faudrait que la loi, en accordant au père la jouissance des biens de ses enfants, eût principalement en vue les biens; ce qui, certainement, n'est pas exact. C'est à raison de la puissance paternelle qu'elle donne l'usufruit au père, et les considérations qui ont engagé le législateur sont toutes personnelles. Bouhier fait valoir un argument logique qui me paraît décisif : l'usufruit est un droit accessoire, et prend, par conséquent, la *nature* du droit principal. Si l'on déclarait réelle la jouissance du père, on aboutirait à des conséquences que Bretonnier déjà déclarait absurdes. Le père aurait la puissance ici, il ne l'aurait pas là, selon que les biens seraient situés dans un pays de droit écrit ou dans un pays de coutume. Il y aurait une plus grande absurdité. Le père est régi par une coutume qui porte que « droit de puissance paternelle n'a lieu »; son fils a des biens dans un pays de droit écrit, le père en aura l'usufruit sans avoir le droit auquel l'usufruit est attaché : l'accessoire existerait donc sans le principal (1)!

20. Le débat s'est renouvelé sous l'empire du code civil; il y a des auteurs qui admettent la personnalité du statut, d'autres le déclarent réel, il y en a qui proposent une opinion intermédiaire (2). Merlin est de ce dernier avis. Il y a encore une difficulté concernant la nature du droit : l'usufruit légal est-il un de ces droits civils dont l'article 11 du code Napoléon n'attribue la jouissance aux étrangers que sous condition de réciprocité? Je renvoie,

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 37 et suiv.

(2) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 235, n° 77. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 94, n° 88.

sur ce point, à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes sur les droits des étrangers. Nous connaissons les motifs que l'on peut donner pour la personnalité ou pour la réalité du droit de jouissance légale; Merlin s'est prononcé pour la réalité, mais avec une réserve. Il faut l'entendre, il est l'homme de la tradition et il est aussi le meilleur de nos jurisconsultes (1).

Merlin part du principe que tout statut est réel, c'est-à-dire que toute loi est renfermée dans les bornes de son territoire. C'est la règle féodale de la réalité ou de la souveraineté des coutumes. On admettait néanmoins que les lois qui règlent l'état des personnes suivent la personne partout où elle réside : l'article 3 du code Napoléon reproduit ce principe. Merlin demande quel est le motif de cette dérogation à la réalité des statuts. C'est qu'il y aurait des inconvénients à scinder l'état des personnes, à les considérer comme capables ou incapables, suivant qu'elles habitent tel ou tel pays; capables ou incapables d'après leur loi personnelle, elles doivent l'être partout. Cette raison ne s'applique pas à l'usufruit légal. Quel inconvénient y a-t-il à restreindre cette jouissance au territoire des lois qui l'accordent? L'argumentation de Merlin suppose que la réalité des statuts est la règle et la personnalité une exception, qu'il faut restreindre dans les limites les plus étroites. Le code civil ne dit pas cela, et telle n'est pas non plus la tradition. Il est vrai que les vieux légistes, imbus de l'esprit féodal, professent la maxime que toute coutume est réelle, en ce sens que la réalité est la règle, et ils n'admettent la personnalité que par exception; mais cette doctrine fut insensiblement abandonnée, le cercle des lois personnelles s'élargit, à tel point qu'au dix-huitième siècle, Bouhier établit la règle contraire, c'est que la personnalité est la règle, les lois étant faites en vue des personnes et non des choses. Il est vrai que Bouhier donnait plus à la personnalité que les autres statutaires; ce qui fait naître un nouveau doute. S'il était absolument seul de son avis, il faudrait l'aban-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, sect. VII, n° I.

donner; mais je viens de dire que la question était controversée, et qu'un excellent jurisconsulte, Bretonnier, se prononçait pour la personnalité.

Il y a encore une autre remarque à faire sur la doctrine de Merlin. Ce n'est pas uniquement à raison des inconvénients que produirait la division de l'état des personnes que l'on a admis les statuts personnels; les statuts ont leur racine dans la nationalité des lois. Expression de la race à laquelle une personne appartient, les lois la suivent partout, tant que l'intérêt privé est seul en cause : c'est seulement quand la souveraineté et le bien public sont engagés dans un débat que la loi devient réelle. Aussi le code civil ne dit-il pas que la réalité est la règle, il établit plusieurs règles. Sont réelles, d'abord les lois de police et de sûreté, qui obligent tous les habitants du territoire. Sont encore réelles les lois qui régissent les immeubles. Quant aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes, elles suivent les Français partout où ils résident. Le code Napoléon ne dit pas que l'un de ces principes forme la règle, et l'autre l'exception : il y a deux domaines différents, l'un des intérêts privés, l'autre de l'intérêt social; le premier est celui des statuts personnels ou nationaux, l'autre appartient aux lois réelles. Tel est le système du code civil : si on l'applique à notre débat, la décision n'est pas douteuse. La puissance souveraine demande-t-elle que le père ne jouisse de l'usufruit que dans les limites de son territoire? Est-ce que l'ordre public en Angleterre sera troublé, est-ce que la souveraineté sera compromise parce qu'un père Français percevra les fruits d'un immeuble situé sur le territoire anglais? C'est demander si le père a d'autres droits en Angleterre et en France : est-il père ici, et ne l'est-il plus au delà de la Manche? Pour le coup, Pascal aurait le droit de se moquer des lois que font les hommes.

La réalité du statut qui établit l'usufruit légal conduit à des conséquences qui choquent le bon sens. D'après le droit écrit, la mère n'a pas la puissance paternelle, elle ne saurait donc jouir des avantages que la loi y attache. Néanmoins, si le statut de l'usufruit est réel, il faut dire

que la mère aura l'usufruit des biens qui sont situés en France : elle aura donc un droit attaché à une puissance qu'elle n'a point ; le sol lui donnera cette puissance ! Cela était logique du temps où la terre donnait la souveraineté, mais cela est absurde dans notre état social. Merlin a reculé devant une conséquence qui consiste à dire que l'accessoire existe sans le droit principal dont il est une dépendance. Il fait une exception à la réalité du statut et n'accorde l'usufruit qu'à celui qui, d'après sa loi personnelle, jouit de la puissance paternelle. Qui l'autorise à faire cette exception ? N'est-ce pas échapper à une absurdité pour échouer contre une autre ? Conçoit-on qu'un statut soit tout ensemble personnel et réel ? Ma conclusion est qu'il faut maintenir la doctrine de Bouhier : la puissance paternelle et l'usufruit que la loi y attache sont deux droits de même nature, et l'accessoire suit toujours la condition du principal.

21. La jurisprudence est divisée : il y a des arrêts pour la personnalité de l'usufruit légal, il y en a pour la réalité, il y en a pour l'opinion de Merlin. Comme ils n'apportent aucune lumière nouvelle dans le débat, je les laisse de côté, pour m'arrêter à une espèce singulière qui s'est présentée assez récemment devant la cour de cassation de France. La cour pose en principe que les questions de puissance paternelle rentrent essentiellement dans le statut personnel. C'est la doctrine que je viens de défendre. Dans l'espèce, il se compliquait d'une difficulté de nationalité. Il s'agissait d'une veuve, israélite algérienne, lors de l'ouverture de la succession de son premier mari, en 1863, et par conséquent, soumise uniquement à la loi mosaïque, par suite de la législation spéciale qui régissait à cette époque les juifs algériens. Vint ensuite le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, qui reconnut aux israélites indigènes de l'Algérie la qualité de Français, mais en leur conservant leurs lois nationales, c'est-à-dire la loi de Moïse; de sorte que la veuve continua d'être soumise à cette loi pour tout ce qui concernait son état et sa capacité, et spécialement la puissance paternelle. Mais il était libre aux juifs algériens d'abdiquer la loi mosaïque, en se

faisant naturaliser Français ; c'est ce que fit la veuve, qui fut naturalisée par décret du 16 juin 1869. Dès ce moment elle fut soumise à la loi française, quant à son statut personnel. Il en résulta une conséquence importante pour l'objet du débat : le code Napoléon lui donna la puissance paternelle sur ses enfants, et, par suite, la jouissance légale de leurs biens. On objectait que la mère avait été régie originairement par la législation israélite ; que, par suite, cette loi formait le statut personnel de ses enfants ; or la situation des enfants était restée la même ; la naturalisation de la mère n'affectant pas l'état des enfants, ceux-ci étaient toujours régis par la loi de Moïse qui ne donne pas à la mère la jouissance des biens de ses enfants. La cour répond que l'état des enfants n'empêchait pas que la mère, devenue Française, fût régie par le statut français qui lui accorde l'usufruit légal (1).

Il y avait là une difficulté sur laquelle la cour ne s'arrête point : les enfants étaient régis par le statut israélite, et la mère par le statut français : est-ce que la puissance paternelle dépendait, dans ces circonstances, du statut de la mère, ou du statut des enfants? En principe, c'est le statut du père qui détermine la puissance paternelle, lorsque celle-ci forme un droit du père, tandis qu'il faut appliquer la loi des enfants, si la puissance paternelle forme un droit pour les enfants. D'après le droit romain, la solution n'est pas douteuse : la puissance paternelle était exclusivement établie au profit du père, c'était donc un droit du père, comme le domaine est un droit du propriétaire. Mais le code Napoléon part du principe contraire : c'est que, « droit de puissance paternelle n'a lieu » : la puissance s'est transformée en devoir de protection, d'où il faut conclure que c'est un droit des enfants, et partant que la loi des enfants détermine l'étendue de la puissance du père. Cela est incontestable quand il s'agit des droits du père sur la personne de l'enfant. Mais il n'en est pas

(1) Cassation, 14 mars 1877 (Sirey, 1879, 1, 125), et la note de l'arrêtiste. Les observations sont excellentes, mais elles supposent toujours qu'il dépend de l'interprète d'admettre ou de rejeter la théorie des statuts ; elle est consacrée par l'article 3 du code civil.

de même de l'usufruit légal; les auteurs du code ont emprunté cette jouissance au principe romain, c'est une inconséquence, mais l'interprète en doit tenir compte, pour déterminer la nature du droit. On ne peut pas dire que c'est le statut de l'enfant qui régit le droit du père sur leurs biens, puisque le droit de jouissance est établi dans l'intérêt du père; il faut appliquer la loi romaine à un droit qui a son origine dans la loi romaine. La cour de cassation a donc bien jugé, en décidant que la veuve israélite, en devenant Française, avait acquis l'usufruit légal, quoique ses enfants continuassent à être régis par la loi de Moïse. Mais la mère ne pouvait réclamer cet usufruit qu'à partir de sa naturalisation, puisque c'est seulement par sa naturalisation que la veuve avait changé de statut, et ce changement n'a pas d'effet rétroactif (1).

N° 3. LE DROIT ÉTRANGER.

22. En rapportant la décision de la cour de cassation que je viens de mentionner, le *Journal du droit international* ajoute une critique, fondée sur ce que la cour a appliqué la distinction *surannée* des *statuts personnels* et *réels*. Fiore, en traitant de la puissance paternelle, répudie également la doctrine des statuts, qu'il qualifie de stérile et d'incomplète (2). Je professe cette théorie *stérile* et *surannée* dans tout le cours de ces Etudes : je dois donc passer pour un retardataire. Ma justification et celle de la cour de cassation sera très facile, et elle est péremptoire, car je la puise dans la loi. Il ne s'agit pas d'une question de doctrine, où le jurisconsulte conserve ses libres allures. La cour de cassation a décidé une question de droit français, et c'est le droit français, lequel est aussi celui de la Belgique, qui forme l'objet de ces Etudes. Il m'arrive souvent de le critiquer, au point de vue du développement historique de notre science, mais il ne m'appartient pas de le changer; l'interprète n'a pas ce droit-là. La question est donc de savoir si le code civil a maintenu

(1) *Journal du droit international de Clunet*, 1878, p. 168.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 283, n° 164.

la distinction traditionnelle des statuts : s'il l'a consacrée, on n'a pas le droit de la traiter de *surannée*, ni de reprocher à la cour de cassation d'avoir ressuscité une doctrine qui date des glossateurs. Eh bien, cette question n'en est pas une pour qui connaît l'histoire de notre science ; c'est parce qu'elle est si peu connue, que j'ai essayé de l'écrire. Mon Introduction historique, quoique incomplète, suffit pour établir l'origine des règles écrites dans l'article 3 du code Napoléon, c'est la distinction *surannée* des statuts qui y est formulée ; les principes que le code établit sont empruntés à la tradition. Qu'importe que le mot de *statuts* ne se trouve pas dans le texte de l'article 3 ? La chose y est, et si le législateur ne s'est pas servi du langage traditionnel, c'est que le mot de statuts rappelait la division de la France en coutumes locales, que le nouveau code avait pour objet de remplacer par un droit universel, national. Ceci n'est pas une opinion, c'est un fait. On n'a qu'à consulter les travaux préparatoires du code civil pour s'en assurer. J'ai cité les témoignages ici même. La démonstration a été complétée par un jeune docteur en droit, M. Louis Barde, dans une Dissertation très bien faite sur la théorie traditionnelle des statuts (Bordeaux, 1880) ; je me bornerai à en transcrire quelques lignes : « Quand Portalis, au Corps législatif, déclarait que la nouvelle législation renfermait à l'égard de la personnalité et de la réalité une distinction *toujours* admise, quand le tribun Grenier voyait dans l'article 3 des principes *enseignés par tous les publicistes*, quand le tribun Faure disait que ce texte se référait à une *matière connue sous le nom de statuts personnels et de statuts réels*, n'est-il pas manifeste que ces orateurs visaient une doctrine traditionnelle ? L'affirmation n'est pas contestable. L'article 3 n'est qu'un renvoi au passé ; si on lui refuse ce caractère, il devient insuffisant, énigmatique, inexplicable (1). » La cour de cassation a donc raison d'appliquer la distinction des statuts,

(1) *Le Journal du droit international privé* reproche aussi à M. Barde d'avoir ressuscité la doctrine surannée des statuts. Si les critiques, avant de juger, se donnaient la peine de lire les passages des orateurs du gouvernement et du Tribunat cités par M. Barde !

quelque *surannée* qu'on la suppose. Une législation toujours existante n'est pas surannée. Le devoir des juges et des interprètes est de la respecter, tant qu'elle n'a pas été changée. Ce changement a été fait par le législateur italien. Mais Fiore a tort de reprocher aux interprètes français de trop s'attacher aux errements du passé; c'est notre devoir; voilà pourquoi je commence régulièrement mes Etudes, par un retour à la doctrine traditionnelle. M. Brocher a répondu que c'est le reproche inverse qu'il serait tenté d'adresser aux auteurs français, c'est qu'ils négligent l'étude du passé (1), qui dans notre science est d'une indispensable nécessité, puisqu'elle n'est encore qu'une histoire. Que font, après tout, les publicistes modernes? Ils marchent dans la voie ouverte par les glossateurs, et trop souvent reproduisent des doctrines réellement surannées, sous de nouvelles formes et de nouveaux noms. Je ne sais point si la science y gagne. Le législateur italien lui-même a subi l'influence, je dirais bien la tyrannie de la tradition, en maintenant la distinction du statut des immeubles et du statut des meubles; j'ai proposé de la rejeter, et je crains bien que ceux qui me traitent de retardataire parce que je me sers du langage traditionnel, ne me renient comme un novateur quand je discute la tradition. Je les convie à étudier l'histoire; le passé éclaire le présent, et le présent prépare l'avenir.

23. Les Italiens sont partisans décidés de la personnalité des statuts. J'ai rendu hommage au code d'Italie, et à l'homme illustre qui a préparé le progrès, en lui dédiant ces Etudes qui, à chaque page rendent justice au législateur italien. Rocco, l'excellent jurisconsulte napolitain, est encore tout entier dans l'ordre d'idées des anciens statutaires (2). La révolution qui a donné la liberté et l'indépendance à l'Italie a élargi les sentiments et les idées des légistes : Fiore ne parle plus de statuts; ce n'est cependant pas en cela que consiste le progrès réalisé par le nouveau code, il a étendu la notion de la personnalité;

(1) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 173, n° 54.
(2) Il suit l'opinion de Merlin (*Dell' uso e autorita delle leggi delle due Sicilie*, p. 416 et suiv).

que l'on se serve après cela du nom de statut réel, ou non, peu importe. Quant à la puissance paternelle, Fiore enseigne, comme je viens de le faire, qu'elle dépend uniquement de la loi nationale de la famille; il y en a une raison décisive, c'est que les droits du père dépendent des devoirs qu'il a envers ses enfants (1). On voit, par la formule du principe, que les Italiens ont abandonné la tradition en un point essentiel, en remplaçant le principe du *domicile* par celui de la nationalité, pour déterminer la loi qui régit les personnes. Je dois m'y arrêter un instant, parce que, sur ce point, les Allemands et les Anglo-Américains ont maintenu la doctrine traditionnelle.

Savigny pose comme principe que la puissance paternelle est régie par la loi du domicile actuel du père (2). Wharton, qui a un trop grand respect pour les hautes autorités de la science allemande, professe le même principe (3). Si, au lieu de s'en tenir à la tradition et aux autorités, on consultait avant tout la nature de la puissance paternelle, on arriverait à un autre principe. Je crois que sur ce point les Allemands et les Anglo-Américains seraient d'accord; la puissance paternelle n'est plus ce qu'elle était à Rome, c'est une autorité de direction et d'éducation, donc un devoir. Est-ce que les devoirs dépendent du domicile? En donnant le jour à l'enfant, le père contracte l'obligation de l'élever. Cette obligation peut-elle changer quand le père change de domicile? La question n'a pas de sens. Il est vrai que les moyens et la manière de remplir le devoir diffèrent d'un pays à l'autre, et de là peuvent résulter des conflits entre les diverses législations. Ainsi il est de l'essence de l'autorité paternelle que celui qui l'exerce ait le droit de correction; le droit existe partout, mais avec de grandes variétés. Ces différences peuvent influer sur la loi qui détermine l'étendue du pouvoir paternel. En France, le père peut faire détenir son enfant dans une prison publique; le code italien ne lui donne pas ce droit; il est certain que le père Français ne l'aurait pas en Italie, puisque l'empri-

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 225 et 227, nos 156 et 157.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 338, § 380.
(3) Wharton, *Conflict of laws*, p. 237, § 252.

sonnement est une loi de police et de sûreté, qui dépend du territoire ; c'est un statut réel, comme on disait jadis, et ce statut écarte le statut personnel. J'y reviendrai.

Fiore combat avec une grande vivacité le principe du domicile, dans son application à la puissance paternelle. On ne sait pas même quel est le domicile qu'il faut prendre en considération. Est-ce celui des enfants, au moment de la naissance? Cela serait logique dans le système français et italien qui identifie l'autorité du père avec le devoir d'éducation ; mais, dans le système romain, le domicile de l'enfant est indifférent, puisque la puissance paternelle est un droit du père. Qu'en résultera-t-il si les enfants naissent dans des lieux différents? Ici ils seront sous puissance, là ils ne seront pas sous puissance ; que deviendra, dans cette confusion, l'unité de famille? D'autres disent qu'il ne faut tenir compte que du domicile matrimonial. Nouvelle absurdité. Le domicile matrimonial détermine les conventions des époux relatives à leurs biens ; ils sont libres de les faire comme ils veulent, et libres de choisir leur domicile. Sont-ils aussi libres de choisir une loi qui leur donne la puissance paternelle? Est-ce que cette puissance dépend des conventions? Et si le père change de domicile, la loi qui régit la puissance paternelle changera-t-elle? Il dépendrait donc de lui de se décharger de ses devoirs, ou de les modifier! Et puis, il y aurait autant de devoirs différents que de domiciles. Le statut personnel dépend de la race, et des causes multiples qui déterminent la nationalité. Est-ce que des Italiens, père et fils, qui s'établissent dans le Tyrol vont devenir Autrichiens? et s'ils restent Italiens, pourquoi leur appliquerait-on la loi autrichienne? Dans l'ancien droit, où le principe du domicile était universellement admis, on se plaignait cependant des conséquences absurdes qui en découlaient : Comment, dit Boullenois, distinguera-t-on les droits acquis sous l'ancien domicile et les droits qui se forment sous le nouveau? Le légiste français finit par s'écrier : « Quel affreux mélange et quelle confusion (1) ! »

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 227, n° 158.

21. Le droit du père sur les biens de l'enfant est le vrai siége de la difficulté. Story, après avoir énuméré les opinions discordantes des légistes étrangers, comme il qualifie les jurisconsultes du continent européen, dit que les Anglo-Américains ont mis fin à toutes ces controverses en déclarant le statut de la puissance paternelle réel à tous égards (1). C'est un moyen très simple que de couper le nœud gordien, mais en droit il faut se défier de ces solutions : elles sacrifient le droit et la justice, et ce qui est juste va encore avant ce qui est simple. On doit se demander avant tout si le législateur territorial a mission et qualité pour régler les rapports intimes de la famille quand il s'agit d'étrangers. La loi française donne au père l'usufruit des biens qui appartiennent aux enfants, par des considérations d'équité et de convenances. Le législateur anglais dira-t-il au père étranger : « Vous n'aurez pas cette jouissance sur les terres anglaises, parce que le sol d'Angleterre ne peut pas être grevé d'usufruit par une loi étrangère, au profit d'un étranger? » L'étranger pourrait répondre : « Sans doute le parlement peut toutfaire, sauf, néanmoins, un homme d'une femme, et une femme d'un homme. S'il ne peut pas l'impossible, physiquement parlant, il ne le peut pas davantage quand il s'agit de droit et de justice. Je comprends parfaitement que le législateur anglais règle la condition de la famille anglaise. Mais où est son droit, et même sa capacité, quand il s'agit d'une famille française? Et que lui importe? Quel intérêt l'Angleterre a-t-elle à me refuser la jouissance des biens qui appartiennent à mes enfants? Je n'entends pas exercer un droit politique, je ne le peux, puisque je suis étranger. Il s'agit de rapports purement privés que l'Angleterre ignore ou peut ignorer. C'est dire qu'étant désintéressée, elle devrait laisser à la loi nationale des étrangers le soin de régler des relations qui ne touchent en rien, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, ni à aucun intérêt social (2). »

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 577, §§ 463 et 463 *a*.
(2) Comparez Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 363. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 233, n° 164.

§ II. — *L'Adoption*.

N° 1. — QU'EST-CE QUE L'ADOPTION ?

25. Nous cherchons la loi qui régit l'adoption. Est-ce la loi nationale des parties? est-ce la loi du lieu où l'adoption se fait? ou celle du pays où les biens de l'adoptant sont situés? La réponse à cette question dépend de la notion que le législateur se fait de l'adoption. L'adoption romaine est une paternité fictive, créée par la loi; c'est aussi cette idée qui règne dans la doctrine; comme l'adoption vient du droit romain, il est assez naturel de croire qu'elle a conservé le caractère qu'elle avait à Rome. J'ai déjà eu l'occasion de dire que le jurisconsulte napolitain Rocco abonde dans ces sentiments (1) et la même opinion se trouve chez tous les auteurs. Il suffit de consulter les travaux préparatoires du code civil, pour se convaincre que l'adoption n'est plus, en droit français, ce qu'elle était à Rome.

L'adoption était inconnue dans notre ancien droit, même dans les pays de droit écrit. C'est un fait très remarquable; il prouve que la paternité fictive répugne à nos mœurs. Notre état social procède des peuples du Nord. Les Barbares, comme les Romains appelaient nos ancêtres, étaient des hommes de la nature; la famille était plus puissante que l'Etat, et la famille est le produit du sang. Les Germains ne comprenaient pas que l'œuvre de la nature pût être imitée par le législateur; c'est à peine si l'on peut dire qu'ils eussent des lois: ce que l'on appelle les lois barbares sont un recueil de coutumes, et les coutumes ignoraient l'adoption. Il y a même d'anciennes coutumes des provinces belgiques qui la proscrivent. Telle était celle de Lille : *Adoption n'a lieu*, dit-elle (tit. XVI, art. 4). On trouve la même disposition dans la coutume d'Audenarde (rubr. XX, art. 3). J'ai dit ailleurs pourquoi l'adoption était d'un fréquent usage chez les Romains (2).

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 601, n° 344.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 271, n° 190.

Les motifs qui la firent admettre sont absolument étrangers à nos mœurs et à nos idées.

L'adoption fut introduite en France par la loi du 18 janvier 1792. A cette époque, les républiques anciennes, et Rome surtout, exerçaient un singulier prestige sur les esprits. Cette imitation factice trouva si peu d'écho dans les mœurs, que la commission instituée par le premier consul pour préparer un projet de code civil, la passa sous silence; pour mieux dire, elle se prononça à l'unanimité contre l'adoption. La section de législation du conseil d'Etat la rétablit; mais les idées étaient si peu arrêtées sur cette institution, qu'il n'y eut pas moins de six projets différents, successivement admis, repoussés, remaniés.

L'adoption romaine trouva un défenseur dans le premier consul. Vrai César, Napoléon croyait à la toute-puissance de la loi. « Les hommes ont les sentiments que la loi leur inculque », dit-il. Il voulait que l'on érigeât l'adoption en sacrement politique, et que l'autorité la plus éminente, le pouvoir législatif, en fût le ministre. Le législateur, organe de la souveraineté nationale, devait être le grand pontife de ce sacrement politique. A ses yeux, la puissance souveraine de l'Etat était l'image de la toute-puissance de Dieu (1). Il ne manquait, pour rétablir le régime romain, que d'incarner cette puissance illimitée dans un César. Quand l'homme prétend imiter la puissance divine, il s'égare nécessairement; vainement veut-il créer, il ne parvient pas même à imiter les sentiments qui ont leur source dans la nature : le sang se crée-t-il par le bénéfice de la loi? Réal répondit au premier consul que l'adoption, telle qu'il la concevait, était une belle fiction, mais que jamais une fiction légale ne rivaliserait avec les affections de la nature; la nature seule peut former ces liens indissolubles qui attachent l'enfant au père et le père à l'enfant : « La loi qui voudrait obtenir davantage, la loi surtout qui voudrait effacer, déplacer les affections sacrées de la nature, ne sera jamais exécutée. Toujours

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 frimaire an x, n°s 18 et 19 (Locré, t. III, p. 202 et 203 de l'édition de Bruxelles).

dans le cœur d'un fils, le père naturel obtiendra la préférence sur le père adoptif; et si le père donné par la loi se trouvait en même temps dans un même danger que le père naturel, en vain la loi, la raison, la justice, le devoir me crieraient de voler au secours du père adoptif, la nature, plus forte que la loi, que la raison, que la justice, m'entraînerait vers le père que la nature m'avait donné. » A cette vive revendication des droits de la nature Napoléon répondit les paroles que j'ai citées : « Les hommes ont les sentiments qu'on leur inculque. Si donc on forme de bonne heure ceux de l'adopté, il préférera son père adoptif à son père naturel. »

Le conseil d'Etat ne suivit pas Napoléon. Chose remarquable; les partisans du droit romain se trouvèrent d'accord avec les coutumiers pour repousser l'adoption romaine, au nom de la nature. Maleville dit très bien : « Croit-on que le titre de père donné par la loi, mais toujours tacitement désavoué par la nature, suffise pour transmettre avec lui tous les sentiments de la paternité? Un homme peut-il dire, en voyant son fils adoptif : Voilà le sang de mon sang et l'os de mes os! Et cette miséricorde inépuisable qui me fait oublier tous ses écarts à la première apparence de retour, l'aurai-je pour un fils adoptif dont la conduite me prouvera cruellement mon erreur et trompera toutes mes espérances (1)? »

26. Qu'est-ce que l'adoption consacrée par le code civil? Le premier consul dit au conseil d'Etat : « Si l'adoption ne doit pas faire naître entre l'adoptant et l'adopté les sentiments et les affections de père et de fils et devenir une imitation parfaite de la nature, il est inutile de l'établir. Elle n'est plus, en effet, qu'une simple institution d'héritier. » En réalité, l'adoption n'est guère autre chose. Toutefois, dans l'esprit de la loi, c'est exagérer que de dire qu'il n'y a aucun rapport entre l'adoption française et l'adoption romaine. Il reste une fiction qui imite plus ou moins la nature et qui est une image, quoique faible, de la paternité véritable. Merlin dit que,

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an x, n° 10 (Locré, t. III, p. 180).

d'après les termes mêmes de la loi, l'adopté devient le fils de l'adoptant, puisque l'article 348 prohibe le mariage entre les *enfants adoptifs* du même individu : c'est dire que l'adoptant devient le *père* de l'adopté (1). Cependant la loi ne le dit pas, mais elle contient des dispositions qui prouvent clairement que le législateur a voulu créer une paternité fictive. On définit l'adoption : « un acte solennel qui crée entre deux personnes des rapports analogues à ceux qui résultent de la filiation légitime, sans que l'adopté change de famille. » Ce serait trop dire, comme on le fait parfois, d'affirmer qu'elle crée une parenté civile, et qu'elle est une imitation de la nature; cette idée a été rejetée par le conseil d'Etat; toutefois elle n'a pas été entièrement abandonnée, on en trouve des traces dans les dispositions du code civil qui règlent les conditions et les effets de l'adoption.

Il y a une de ces conditions qui est très significative. Aux termes de l'article 359, l'arrêt de la cour qui décide qu'il y a lieu à l'adoption doit être inscrit, dans les trois mois, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Cette formalité est essentielle, car la loi ajoute que l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai. Cela prouve que, dans la pensée du législateur, l'adoption crée une filiation fictive : image de la filiation naturelle, dit Proudhon, cette naissance civile doit être consignée sur le registre de l'état civil. C'est une fiction, soit; mais il en faut tenir compte, puisque la loi l'établit. L'orateur du Tribunat dit pour expliquer la déchéance prononcée par l'article 359 : « Ce qui tient à l'*état* des hommes ne doit pas rester longtemps incertain, ni être sujet aux variations ou aux caprices des individus (2). »

L'article 345 veut que l'adoptant ait pendant six ans au moins fourni à l'adopté mineur des secours et donné des soins non interrompus. Gary explique très bien, dans son discours, les motifs pour lesquels la loi exige ces

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Adoption*, § IV (t. Ier, p. 227 de l'édition in-8° de Bruxelles).
(2) Gary, *Discours*, n° 24 (Locré, t. III, p. 288).

longs rapports de bienfaisance entre l'adoptant et l'adopté, et la raison pour laquelle ils doivent avoir lieu pendant la minorité de l'adopté : « La loi doit s'assurer que celui qui veut obtenir le titre de *père* en a déjà les *sentiments*, et la preuve de ces sentiments ne peut résulter que des soins donnés pendant de longues années à l'enfant mineur. Ce n'est pas, en effet, pour un individu parvenu à la majorité qu'on éprouve des *sentiments de père*. On les accorde d'abord à la faiblesse, aux grâces, à l'ingénuité, à la candeur de l'enfance; ces sentiments s'affermissent et se perpétuent dans un âge plus avancé; mais c'est dans l'âge tendre qu'ils naissent. C'est alors que l'habitude des soins rendus et reçus forme véritablement une *seconde nature*. L'*amour paternel* se forme avec les bienfaits, la *piété filiale* avec la reconnaissance. » On a dit que le tableau est idéal et qu'il dépasse la réalité; sans doute, mais pour le moment nous recherchons la théorie de la loi.

L'adopté, quoique majeur, doit avoir le consentement de ses père et mère ou du survivant, s'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année; s'il est majeur de vingt-cinq ans, il doit requérir leur conseil (art. 346). On le voit : la loi assimile l'adoption au mariage; elle suppose que l'adoption entraîne un changement d'état, ce qui n'est réellement pas, puisque l'adopté reste dans sa famille. C'est une nouvelle preuve que les auteurs du code civil, bien qu'ils aient abandonné l'idée de l'adoption romaine, y voient toujours une image de la paternité et de la filiation.

L'adoption se fait d'ordinaire entre-vifs par un acte que le juge de paix reçoit et que les tribunaux homologuent. Pourquoi cette intervention du pouvoir judiciaire? Elle ne s'explique que par l'idée que l'adoption entraîne un changement d'état et qu'elle crée des liens de paternité et de filiation entre l'adoptant et l'adopté. Napoléon voulait même que la toute-puissance du législateur intervînt. L'assimilation complète de la paternité naturelle et de l'adoption a été abandonnée; mais il en reste des traces dans le système du code, ce qui ne permet point de l'identifier à un contrat qui n'aurait d'autre objet que de créer

un héritier. Il ne se trouverait personne, je crois, qui fût disposé à donner tous ses biens à un enfant étranger, sans rime ni raison, par pure bienfaisance; il y a plus, le législateur ne devrait pas même favoriser une libéralité pareille; ce qui importe, ce n'est pas de créer un riche, mais d'instruire et d'élever les classes inférieures de la société; mieux vaut donc provoquer des dons faits pour cette nouvelle charité que d'enrichir un des déshérités de ce monde : c'est le plus souvent lui rendre un très mauvais service.

Il y a autre chose dans l'adoption, le besoin d'aimer et d'être aimé, qui est bien la base de la famille. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement s'exprime. « Que la loi consacre l'adoption, dit Berlier, et les mœurs y applaudiront. Eh! comment, sans faire injure au peuple français, pourrait-on penser que son caractère répugne à une institution qui doit être tout ensemble une *consolation* pour celui qui adopte et un acte de bienfaisance envers celui qui est adopté (1)? » Le premier consul a objecté que les effets de l'adoption ne répondaient pas à cette théorie. Il est très vrai que les auteurs du code n'ont pas entendu créer une famille nouvelle, fictive; c'est par là que l'adoption française se distingue de l'adoption romaine : le législateur a préféré suivre la théorie du code prussien en maintenant des liens que la nature a créés et qui, à ce titre, sont indestructibles (2). Toujours est-il que l'adopté prend le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom propre (art. 347) : c'est la marque légale de la paternité fictive que le code civil crée. Le double nom que porte l'adopté indique qu'il appartient encore à sa famille d'origine, puisqu'il en conserve le nom, mais qu'il devient aussi fictivement l'enfant de l'adoptant, car ce n'est qu'à ce titre qu'il a le droit de porter son nom. Il y a donc deux parentés qui coexistent, la parenté naturelle et la parenté fictive. Par là s'explique la disposition du code pénal de 1810 qui qualifie de parricide le meurtre des père et mère

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. III, p. 263).
(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n°s 3 et 4 (Locré, t. III, p. 262).

adoptifs, aussi bien que le meurtre des père et mère légitimes (art. 299). Berlier, l'orateur du gouvernement, appelle cette parenté fictive une *quasi-paternité* (1).

Un arrêt de la cour de cassation de France consacre cette doctrine en accentuant peut-être trop le caractère civil de la parenté fictive que l'adoption crée. Dans l'esprit de la loi, dit la cour, l'adoption a pour but et pour résultat de *fonder une famille indépendante des liens du sang;* le simple consentement des parties intéressées ne suffit pas pour cela; il faut l'intervention de l'autorité publique, en droit français comme en droit romain (2). Il est certain que l'on ne peut pas dire, avec le premier consul, que l'adoption n'est rien qu'une institution d'héritier par contrat (3). L'institution contractuelle est un simple contrat de droit privé; elle se fait par acte notarié, l'institué est un héritier, il n'est pas fils de l'instituant et il ne prend pas son nom: les conditions des deux actes sont essentiellement différentes. Et les conséquences diffèrent aussi, en ce qui concerne la nature du statut, comme je le dirai plus loin.

27. L'adoption peut-elle se faire entre Français et étranger? On suppose que l'étranger n'a pas la jouissance des droits civils, ni en vertu d'un traité de réciprocité, ni en vertu d'une autorisation que le gouvernement lui a accordée d'établir son domicile en France (art. 11 et 13 du code Nap.). Dans mes *Principes de droit civil*, j'ai enseigné la négative; c'est l'opinion consacrée par la jurisprudence; et Merlin l'a établie avec une évidence mathématique. C'est la raison pour laquelle je n'y ai pas même insisté (4). J'y reviens un instant parce que l'opinion contraire est soutenue par les auteurs qui écrivent sur le droit international privé. M. Demangeat s'exprime en termes très vifs sur une opinion que la cour de cassation a adoptée et qui a pour elle le nom de Merlin : « On

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 9 (Locré, t. III, p. 265).
(2) Rejet, 1er mai 1861 (Sirey, 1861, 1, 513).
(3) M. Brocher reproduit l'expression du premier consul, *Nouveau traité de droit civil international*, p. 156.
(4) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 277, n° 194.

répète ce que l'on répétait déjà il y a six siècles, que l'adoption est un effet exorbitant du droit civil, qui ne peut, par conséquent, avoir lieu qu'entre personnes qui jouissent pleinement de ce droit. C'est là une de ces théories à l'appui desquelles il est impossible d'apporter autre chose que des *mots*, que des *formules vides de sens* aujourd'hui (1). » Je demanderai à M. Demangeat si la théorie de la jouissance des *droits civils* est un *mot?* si une doctrine qui a pour elle l'autorité de Domat et de Pothier, les deux auteurs du code civil, et que le législateur français a consacrée dans l'article 11, est une *formule vide de sens?* En théorie, il a certainement raison de répudier comme surannée, et indigne du code français, une doctrine qui remonte, non à six siècles, mais à vingt siècles. Mais à qui faut-il s'en prendre? est-ce aux interprètes du code Napoléon, ou est-ce au législateur? Et si le législateur a eu tort de consacrer une tradition séculaire, l'interprète a-t-il le droit de corriger son erreur en lui faisant dire le contraire de ce qu'il a dit et voulu dire? Or, c'est ce qu'a fait M. Demangeat à la suite de son maître, M. Valette, en interprétant l'article 11 contrairement au texte et à l'esprit de la loi. Je renvoie aux longs développements que j'ai donnés sur cette question dans mes *Principes de droit civil* (t. Ier, nos 405-415).

Fiore reproduit, à la lettre, les paroles de Demangeat; il cite à l'appui les noms de jurisconsultes considérables, parmi lesquels se trouve Dragoumis, qu'en France on sera un peu étonné d'entendre citer parmi les autorités. Cela vient à l'appui de ce que j'ai dit et répété dans le cours de ces Etudes : on ne connaît pas à l'étranger l'histoire littéraire du droit français; de là les singuliers noms qu'ils citent : Rogron, Dragoumis. Fiore se trompe en adoptant l'interprétation que Valette donne à l'article 11 du code Napoléon; c'est une opinion isolée qui n'a trouvé faveur que chez ceux qui aiment les singularités. Fiore ajoute une mauvaise raison aux mauvais arguments que

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 362-364.

donne Demangeat : si un étranger peut se marier, dit-il, pourquoi ne pourrait-il pas adopter et être adopté (1)? Je répondrai par une autre question : Est-ce qu'il n'y a pas eu de mariage avant que le législateur eût réglé l'union des époux? Et s'il n'y avait pas de loi sur l'adoption en France, est-ce que les Français pourraient consentir une adoption? Donc le droit d'adoption est bien un droit civil dans le sens de l'article 11 du code civil, un droit créé par le législateur et, partant, l'étranger, dans le système du code, n'en saurait jouir. Mais Fiore a raison de critiquer le système, pour mieux dire, la doctrine traditionnelle : j'ai glorifié le législateur italien de l'avoir désertée et d'avoir le premier établi l'égalité entière des étrangers et des nationaux en ce qui concerne la jouissance des droits privés. Mais ce n'est pas une raison pour attribuer aux auteurs du code civil des sentiments de cosmopolitisme qu'ils répudient.

28. L'adopté change-t-il de nationalité, d'état et de statut? D'après ce que je viens de dire de la nature de l'adoption, la négative est certaine. Si l'adopté est un étranger ayant la jouissance des droits civils en France, il reste étranger, puisqu'il reste dans sa famille, aux termes de l'article 348 du code Napoléon, et il y conserve tous ses droits, dit la loi. Donc il conserve aussi sa nationalité. La nationalité se transmet par la filiation naturelle : celui qui naît d'un Français acquiert la nationalité française : or, l'adoption n'est, au plus, qu'une naissance fictive, comme le dit Proudhon, et les fictions n'ont d'autres effets que ceux que la loi y attache. Cela est décisif.

Je viens de dire que la paternité fictive coexiste avec la paternité naturelle. Il ne résulte pas de là que l'enfant adopté ait deux états et deux statuts : cela est impossible. Dans notre droit public, personne ne peut avoir qu'une seule patrie, partant, un seul statut. S'il y avait deux nationalités, elles seraient en conflit : il y aurait lutte et guerre civile dans la condition d'une seule et même personne ayant des droits et des devoirs qui, d'ordinaire,

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 218, suiv.

sont incompatibles. La même incompatibilité existerait si une même personne avait deux statuts ; elle serait majeure en France et capable, et en même temps elle pourrait être mineure et incapable : elle aurait la jouissance des droits civils et elle ne l'aurait pas. Je crois inutile d'insister.

N° 2. NATURE DU STATUT.

20. Si l'adoption n'était, comme l'a dit Napoléon au conseil d'Etat, qu'une institution d'héritier par contrat, il faudrait décider qu'elle est régie par les principes qui gouvernent l'institution contractuelle (1). La conséquence témoigne contre le principe; car elle est inadmissible, on peut dire impossible. En effet, l'institution d'héritier est un contrat de droit privé, que les parties intéressées font comme elles le jugent convenable ; tandis que l'adoption, alors même qu'elle se forme par un concours de consentement, comme un contrat, n'est pas un véritable contrat ; elle crée des rapports de filiation fictifs, elle ne dépend donc en rien de la volonté des parties. Cependant le statut qui régit les contrats n'est autre chose que la volonté des parties contractantes, laquelle leur tient lieu de loi ; tandis que le statut qui concerne l'état des personnes dépend de leur loi nationale. Le statut de l'adoption serait donc tout ensemble conventionnel et national, il dépendrait de l'autonomie des parties, et il ne dépendrait pas de leur autonomie. Cela est contradictoire dans les termes ; en ce sens je dis que c'est une impossibilité juridique. En réalité, l'adoption est autre chose qu'une institution d'héritier par contrat, elle est une imitation, une image de la paternité : cela est vague et indécis, il faut s'en prendre au législateur qui, en s'écartant de l'adoption romaine, a abouti à une théorie qui n'a rien de précis ni de certain. Toutefois, dans l'esprit de la loi, l'idée de paternité fictive domine dans l'adoption. Il faut

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 156.

nous placer sur ce terrain pour apprécier la nature de l'adoption, au point de vue du droit civil international.

30. J'interroge régulièrement la tradition quand il s'agit de déterminer la nature d'un statut, parce que notre science est essentiellement traditionnelle. Sur l'adoption il n'y a pas de tradition, au moins en droit français, puisque cette institution y était inconnue ou même prohibée (n° 25). En Allemagne, il y avait quelques vieux légistes qui appliquaient la loi du lieu où l'adoption se faisait, en vertu du principe *Locus regit actum*. C'est Wächter qui nous apprend ce fait (1), mais il y attache si peu d'importance qu'il ne cite pas même les noms de ces auteurs. Leur opinion avait cependant un semblant de vérité : quand l'adoption se fait par concours de consentement, elle a les apparences d'un contrat, or, la doctrine généralement reçue enseignait que les contrats étaient régis par la *loi du lieu* : c'est encore aujourd'hui le principe des Anglo-Américains même dans les matières d'état personnel, telles que le mariage. Je dis que l'adoption ressemble à un contrat; en réalité, c'est une institution à part qui tient au droit public; une paternité fictive ne se crée pas par la volonté des parties intéressées; or, le principe *Locus regit actum*, si on veut l'étendre aux contrats, se fonde sur l'autonomie des contractants; ils peuvent se soumettre á telle loi qu'ils veulent et ils sont censés traiter d'après la loi du lieu où l'acte se passe. Tandis que l'adoption ne dépend en rien, quant à ses conditions et quant à ses effets, de la volonté de ceux qui y figurent, donc en cette matière les parties n'ont aucune autonomie, et, par suite, *la loi du lieu* n'a plus aucun fondement rationnel; il faut l'écarter. En réalité, l'adage traditionnel que l'on cite ne reçoit d'application qu'aux formes instrumentaires : j'examinerai plus loin si les formes de l'adoption dépendent de la loi du lieu où elle se fait.

31. Wächter se prononce pour la personnalité du statut de l'adoption, sans même motiver son opinion, tellement la décision lui paraît évidente. Cela est, en effet,

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 185, note.

incontestable dans la théorie romaine, et là où cette institution existait jadis on ne connaissait pas d'autre adoption que celle du droit romain. Elle crée une paternité et une filiation fictives; tout dépend du législateur, et quelle loi doit régler les conditions et les effets de l'adoption? La fiction imite la réalité; c'est à l'imitation de la paternité véritable que l'adoption a été instituée, et c'est pour donner une famille à celui qui n'en a pas que les Romains la pratiquaient. Or, les liens de la famille dépendent essentiellement de la loi de ceux qui la composent. Cela est admis dans tous les systèmes. Le code Napoléon consacre implicitement l'opinion générale en disant que les lois qui concernent l'*état* suivent la personne partout où elle réside; or, l'adoption romaine crée un état, ce qui est décisif.

Je viens de dire qu'il n'en est pas de même de l'adoption française (n° 26); elle ne crée pas de nouvelle famille. Néanmoins, il faut décider, et sans hésiter, que l'adoption concerne l'état des personnes et forme par conséquent un statut personnel. Le code Napoléon la place après le *Mariage* et avant la *Paternité* et la *Filiation*. Dans la pensée du législateur, l'adoption tient de l'une et de l'autre de ces bases qui constituent la famille. Il a emprunté au *Mariage* l'une de ses conditions, et il établit l'adoption pour la consolation de ceux auxquels Dieu n'a pas donné d'enfants, ou auxquels il a enlevé ceux qu'il leur avait donnés. C'est une image bien faible de la famille véritable : l'adoptant transmet son nom à l'adopté, et, avec son nom, le souvenir d'une famille qui allait s'éteindre. Si la fiction n'imite pas la réalité, il suffit qu'elle ait pour objet de l'imiter pour qu'on lui applique le statut qui régit la famille naturelle.

32. Les conditions de l'adoption dépendent naturellement du statut personnel, de même que les conditions du mariage. D'après le code italien, le père de l'enfant naturel ne peut pas l'adopter (art. 205). Le code Napoléon garde le silence sur cette condition, c'est dire que l'interprète ne peut pas l'exiger. La jurisprudence française, après quelque hésitation, s'est prononcée pour la validité

de l'adoption (1), et la jurisprudence belge n'a jamais varié (2). Le dernier arrêt de la cour de cassation de France réduit la difficulté à ces termes très simples : Y a-t-il une loi qui déclare les enfants naturels incapables d'être adoptés? Non; cela est décisif, parce que les incapacités ne peuvent résulter que d'un texte précis et formel de la loi. On peut encore poser la question en d'autres termes. La loi détermine les conditions requises pour l'adoption, de la part de l'adoptant et de la part de l'adopté : elle ne dit pas que l'adopté ne peut être l'enfant naturel de l'adoptant. Est-ce que l'interprète peut ajouter une condition dans une matière qui est de droit public, et qui, à titre de fiction, ne peut être régie que par la loi qui crée une paternité fictive? Cela est décisif. Il y a des objections : j'y ai répondu ailleurs (3).

Cette différence de législation peut donner lieu à des conflits. Un premier point est certain; les Italiens ne pourraient pas faire d'adoption en France, puisque leur statut personnel le leur défend ; et on ne peut pas dire qu'en cette matière le statut territorial domine le statut personnel, car la France n'a ni droit ni intérêt à ce que des étrangers, incapables d'après leur loi nationale, soient considérés comme capables en vertu de la loi française.

On demande si des Français pourraient adopter et être adoptés en Italie. Je suppose que les deux parties sont Françaises; si l'une d'elles était de nationalité italienne, l'adoption ne pourrait pas se former, puisque, d'après le code Napoléon, il faut le consentement de l'adoptant et de l'adopté, donc chacun d'eux doit être régi par un statut qui permet l'adoption. Sur ce point, il ne saurait y avoir un doute. A mon avis, il n'y en a pas non plus dans le cas où les deux parties sont Françaises, elles peuvent consentir l'adoption en vertu de leur statut personnel. Il est vrai que la loi territoriale ne permet pas

(1) Je cite les arrêts les plus récents du 3 juin 1861 (Sirey, 1861, 1, 990) et du 13 mai 1868 (Sirey, 1868, 1, 338).

(2) Bruxelles, 7 novembre 1816, 9 mars 1842 et 11 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1816, p. 222; 1848, 2, 223) Gand, 4 mai 1838, 3 avril 1856 et 2 août 1866 (*Pasicrisie*, 1838, p. 115; 1856, p. 384, et 1866, p. 322).

(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 286, nos 205-209.

l'adoption, mais cette loi n'est pas de nature à constituer un de ces statuts que l'on appelle réels et qui l'emportent sur le statut personnel de l'étranger : le droit de la société n'est pas en cause, on ne dira pas que l'existence de la société italienne, sa conservation ou son perfectionnement empêchent l'adoption que deux Français se proposent de faire quand l'enfant est un enfant naturel. Donc on reste dans les termes généraux du droit civil international, celui de la communauté de droit; ce que les Français peuvent faire en France, ils doivent avoir le droit de le faire en Italie.

Toutefois la question est controversée, et comme les principes sont en cause, je dois faire connaître le dissentiment et en donner mon avis. La disposition du code italien, dit Fiore, est une loi absolue et prohibitive qui empêche l'adoption de l'enfant naturel ; l'étrànger doit s'y conformer, malgré son statut personnel qui lui permet ce que le législateur italien défend, parce que la loi italienne a pour objet de sauvegarder la moralité publique. et, à ce titre, elle oblige les étrangers aussi bien que les indigènes (1). Mailher de Chassat s'exprime dans le même sens. Le père peut-il adopter son enfant naturel reconnu ? La question, pour qu'elle appartienne au droit international privé, dont l'auteur traite, doit être posée en d'autres termes : L'étranger à qui sa loi nationale permet d'adopter un enfant naturel, peut-il faire l'adoption dans un pays qui défend d'adopter un enfant naturel ? L'auteur répond : « Prenez-vous en considération la personne, l'individu, indépendamment des institutions publiques : il sera adopté. » Cela signifie sans doute que le statut personnel recevrait son application, s'il ne s'agissait que de droits et d'intérêts individuels. « Vous attachez-vous, au contraire, à l'institution ; voulez-vous maintenir dans leur *pureté*, dans la *vigueur* de leur *essence*, le *mariage*, les *mœurs*, la *famille*, la *légitimité*, la *succession* : il ne sera pas adopté. La *réalité* ici, c'est-à-dire la *force des institutions*, lui refusera cette position dans l'*ordre* poli-

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 220, n° 152.

tique (1). » Un jurisconsulte allemand qui est bien supérieur à de Chassat, Bar, se range à cet avis, en se bornant à citer l'autorité du légiste français (2). A mon avis, c'est exagérer de beaucoup la *réalité* que de l'étendre à l'adoption.

Il est difficile de répondre à Mailher de Chassat, il se borne à affirmer, et Fiore aussi se contente de la formule : les lois qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs dominent le statut personnel. J'accepte le principe qui, du reste, n'a jamais été contesté; mais le code italien le formule en termes très vagues, et il présente de grandes difficultés dans l'application : raison décisive, me semble-t-il, pour se donner la peine de prouver que le statut de l'adoption, quand il s'agit d'adopter un enfant naturel, blesse le droit de la société et compromet ses intérêts essentiels. Des mots, comme Chassat en accumule, ne suffisent pas; il faut pénétrer dans la moelle des choses. A entendre le légiste français, la *pureté* du *mariage* exige que l'enfant naturel ne puisse être adopté. Je comprends cela de la part du législateur appelé à décider s'il permettra ou non l'adoption d'un bâtard; il peut craindre que le mariage n'en souffre, en ce sens que le père d'un enfant naturel, au lieu de le légitimer par le mariage, ce qui rendrait l'honneur à la mère, et donnerait la légitimité à l'enfant, recourt à l'adoption pour donner à un bâtard tous les bénéfices de la légitimité sans qu'il y ait un mariage. Ces craintes, à mon avis, seraient très déplacées; mille causes peuvent empêcher la légitimation par mariage subséquent; n'est-ce pas le cas de favoriser l'adoption pour effacer la tache de bâtardise? Mais, dans notre débat, il ne s'agit pas de savoir si le législateur doit ou non autoriser l'adoption d'un bâtard, il l'a fait, c'est un droit pour le Français : pourquoi lui refusez-vous d'user de son droit en Italie? Voilà la question. Suffit-il de répondre que les *mœurs*, la *famille*, la *légitimité* seront atteintes et blessées dans leur *pureté* et dans la *vigueur* de leur essence?

(1) Mailher de Chassat, *Traité des statuts, ou du droit international privé*, p. 413

(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 360, § 103.

Je recommande à ceux qui invoquent à chaque instant les bonnes mœurs, quand il s'agit des enfants naturels, le mot de Napoléon : « La société n'est pas intéressée à ce qu'il y ait des bâtards. » N'est-ce pas une raison déterminante pour permettre de donner la légitimité aux enfants naturels par la voie de l'adoption? Et surtout peut-on hésiter à permettre en Italie l'application de la loi française qui autorise cette adoption? La question de la moralité a été agitée, au conseil d'Etat, au point de vue législatif : comme on abuse tant des bonnes mœurs dans notre science, je crois devoir rapporter la discussion. Tronchet, adversaire décidé de toute adoption, dit que ce serait un moyen frauduleux d'avantager les bâtards. Le premier consul répondit : « Ne serait-il pas heureux que l'injustice de l'homme qui, par ses déréglements, a fait naître un enfant dans la honte, pût être réparée sans que les mœurs fussent blessées? » « Précisément, répliqua Tronchet, les principes de la saine morale ont fait exclure les bâtards des successions : n'y aurait-il pas de l'inconséquence à les frapper d'une incapacité et à placer à côté de cette incapacité un moyen de l'éluder? » Napoléon convint que donner aux bâtards la capacité de succéder, ce serait offenser les bonnes mœurs ; mais les mœurs, dit-il, ne sont plus outragées si cette capacité leur est rendue indirectement par l'adoption (1). La réponse est péremptoire. Est-ce éluder l'incapacité des bâtards que de permettre leur légitimation par le mariage subséquent de leurs père et mère, ce que permettent le code Napoléon et le code italien? Ce n'est pas l'éluder non plus que de leur donner les droits d'un enfant légitime par voie d'adoption.

Voilà ce qu'il y a à dire au point de vue législatif. Sur le terrain du droit international privé, la décision est bien plus facile. Il ne s'agit plus de permettre aux Italiens d'adopter un enfant naturel; le code d'Italie le leur défend, et cette défense les suit en pays étranger; voilà la

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 nivôse an x, n° 15 (Locré, t. III, p 221 et suiv.)

moralité italienne sauvegardée. Mais le législateur français n'a pas été de cet avis. Nous venons d'entendre le premier consul; loin d'être un fait immoral à ses yeux, l'adoption d'un enfant naturel répare l'immoralité du père. Et si le père fait, aux yeux de sa loi personnelle, un acte moral, en adoptant son enfant naturel en France, comment ce même acte deviendrait-il immoral si l'adoption se fait en Italie? On dira que le législateur italien l'a considéré ainsi et que cela suffit. Non, cela ne suffit point quand il s'agit du droit civil international : il y a des convenances à observer entre les peuples, il y a des devoirs de courtoisie pour les nations. Quand le législateur français déclare, par la bouche de Napoléon, que l'intérêt social et l'intérêt moral sont d'accord pour autoriser, que dis-je? pour favoriser l'adoption d'un enfant naturel, est-ce que le législateur italien viendra dire aux Français : « Votre loi est une loi immorale, elle blesse dans son essence le *mariage*, les *mœurs*, la *famille*, la *légitimité*; je ne veux pas que vous souilliez le sol italien par votre immoralité : allez en France vous livrer à votre *impureté!* » Les Français pourraient répondre à cette rude apostrophe ce que le procureur général Dupin répondit à ceux qui prétendaient que la morale ne permettait pas à des époux divorcés en pays étranger de contracter un nouveau mariage en France tant que leur union ne serait pas dissoute par la mort : « La France aurait-elle la prétention d'avoir le monopole de la morale? » Quand, sur une question de bonnes mœurs, les nations les plus civilisées sont en désaccord, l'une n'a pas le droit de dire à l'autre qu'elle blesse la morale. Les Anglais trouvent que c'est blesser les bonnes mœurs que de permettre la légitimation des enfants naturels par le mariage de leurs père et mère; tandis que les Français et les Italiens, et tous les peuples du continent admettent la légitimation comme favorable à la morale. Qu'est-ce que les Italiens diraient si les tribunaux anglais refusaient de reconnaître comme légitime l'enfant naturel né de pere et mère italiens en Angleterre et légitimé par eux? Le juge anglais réprouverait comme immoral ce que le législateur italien approuve comme moral.

N'en faut-il pas conclure, avec Dupin, qu'aucune nation n'a le monopole de la morale et que chacune doit permettre aux étrangers appartenant à une civilisation égale à la sienne, ce que leur loi autorise? Il y a une restriction dans ma conclusion. Si la conscience générale dans les pays d'une même civilisation, telle que celle des peuples germano-chrétiens, réprouve une institution comme un crime ou un delit moral, nous avons le droit et le devoir d'opposer à l'étranger notre loi territoriale et de repousser son statut personnel : il en serait ainsi d'une loi étrangère qui permettrait la polygamie ou l'inceste. Mais qui oserait mettre sur la même ligne l'adoption d'un enfant naturel?

33. Les codes allemands de Prusse, d'Autriche, de Bavière défendent l'adoption aux prêtres qui font vœu de celibat. Tous ces codes datent d'une époque où l'on n'avait aucune idée, ni de la sécularisation et de l'indépendance de l'ordre civil, ni de la vraie liberté. Le législateur laïque n'a pas à se préoccuper des vœux de célibat; je dis mal, il ne doit pas les admettre au point de vue civil, il devrait même les prohiber au point de vue moral, car le célibat forcé pousse fatalement à l'immoralité les malheureux auxquels leur dogme impose une perfection prétendue, aussi fausse qu'impossible. S'il y a des législateurs qui tiennent compte de ces vœux contre nature, c'est qu'ils sont dominés par les préjugés du catholicisme, disons mieux, du christianisme traditionnel. La loi qui défend l'adoption aux prêtres est-elle un statut personnel qui les suit en pays étranger? Posée en ces termes, la question doit être décidée affirmativement. Mais naît alors une difficulté sérieuse : si la loi territoriale permet l'adoption aux prêtres, ne faut-il pas dire qu'elle forme un statut réel, en ce sens qu'elle domine le statut personnel de l'étranger? En Belgique, l'affirmative est certaine. Notre Constitution fait plus que séculariser l Etat, elle sépare l'Eglise de l'Etat, de sorte que, aux yeux de la loi, il n'y a plus de prêtre; M. Nothomb, l'un des auteurs de la Constitution, et grand partisan de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, a dit au Congrès que le prêtre n'était

plus qu'un individu; la loi ignore son état de prêtre et les vœux qu'il fait. S'il en est ainsi des prêtres belges, à plus forte raison en doit-il être de même des prêtres étrangers; notre loi constitutionnelle domine tout statut qui y serait contraire. La conséquence est évidente, une fois le principe admis; le prêtre étranger peut adopter en Belgique, bien que son statut national le lui défende.

Fiore, sans discuter la question, dit que le prêtre étranger pourrait adopter en Italie, quand sa loi nationale ne s'y oppose pas (1) : cela est d'évidence, puisque le statut personnel suit le prêtre en Italie, et, dans l'espèce, il n'y a pas de statut italien qui défende au prêtre d'adopter. Mais si un prêtre autrichien, prussien, bavarois, auquel sa loi nationale défend l'adoption, voulait adopter en Italie, il ne le pourrait pas, d'après le légiste italien. Cela me paraît très douteux. La Constitution italienne a aussi une espèce de séparation entre l'Eglise et l'Etat, c'est la fameuse maxime de Cavour : « l'Eglise libre dans l'Etat libre ». L'Eglise peut exiger le vœu de célibat; mais l'Etat est libre de n'en pas tenir compte dans l'ordre civil. C'est ce qu'il fait pour le mariage; il permet aux prêtres de contracter un mariage civil, quoique l'Eglise réprouve de toutes ses forces ce mariage, même entre laïques. Si, malgré le vœu de célibat, le prêtre peut se marier, à plus forte raison doit-on lui permettre d'adopter. Il est vrai que l'adoption crée une parenté fictive, mais cette fiction est à peine une image de la parenté véritable. Pourquoi interdire au prêtre la famille fictive, alors que, malgré ses vœux, on l'admet à se marier civilement? Et si cela est permis au prêtre italien, c'est qu'un principe constitutionnel le demande. Or, le droit public forme un statut réel qui domine toujours le statut personnel.

34. Les formes dans lesquelles l'adoption doit se faire constituent-elles une condition intrinsèque, requise pour la validité ou pour l'existence de l'adoption, ou ne sont-elles prescrites que pour la preuve? Dans ce dernier cas,

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 221, n° 252.

l'adoption reste sous l'empire du droit commun, et, partant, on applique l'adage qui régit les formes instrumentaires, *Locus regit actum*. L'adoption sera valable indépendamment des formes; celles-ci n'étant requises que pour la preuve, la nullité de l'acte aura seulement pour conséquence qu'il n'y a point de preuve littérale. Il n'en est pas ainsi des formes exigées par le code Napoléon. L'adoption est un acte essentiellement solennel. Dans la pensée du premier consul, l'adoption devait être un sacrement politique, dont le pouvoir législatif eût été le ministre. Cette idée fut abandonnée, mais le principe de la solennité fut maintenu, et il faut remarquer que la loi ne se contente pas des formes ordinaires en matière d'actes solennels, c'est-à-dire d'un écrit reçu par un notaire; elle fait intervenir le pouvoir judiciaire. D'abord, la personne qui se propose d'adopter et celle qui voudra être adoptée doivent se présenter devant le juge de paix pour y passer acte de leurs consentements respectifs. Puis le code veut que cet acte soit homologué par le tribunal de première instance et par la cour d'appel en ces termes. *Il y a lieu à l'adoption*. Enfin, dans les trois mois qui suivent l'arrêt d'homologation, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil (C. Nap., art. 353-359). Pourquoi les tribunaux interviennent-ils dans l'adoption, tandis qu'ils n'interviennent dans aucun autre acte solennel? Dans la pensée des auteurs du code civil, le pouvoir judiciaire représente l'autorité souveraine qui peut seule créer une paternité fictive et un nouvel état, une nouvelle famille (1). C'est une fiction; en réalité, il n'y a pas de famille, d'état, de paternité, en vertu de l'adoption. Mais il suffit que tel soit l'esprit de la fiction consacrée par la loi, pour que les formes de l'adoption prennent une importance qu'elles n'ont dans aucun acte solennel. Puisque c'est un acte de la souveraineté nationale, il en faut conclure que l'adoption ne pourrait se faire en pays étranger, car la souveraineté étrangère ne représente pas la souveraineté française. Il faudrait un traité qui considérât comme valable

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 313, n° 225.

l'adoption consentie à l'étranger, avec intervention du pouvoir judiciaire; de sorte que l'adoption vaudrait en France en vertu du traité, c'est-à-dire d'un acte législatif.

Cela paraît d'une rigueur excessive, mais c'est une conséquence logique de la solennité voulue par le législateur français. Quand même on admettrait qu'il suffit d'observer à l'étranger des formes analogues à celles du code Napoléon, on aboutirait à la même conséquence, c'est que l'adoption à l'étranger serait impossible. Il faudrait, non des formes analogues, mais des formes identiques; or cela n'est possible que dans les pays où existe l'organisation judiciaire française : en Belgique, par exemple; là où il n'y a pas de juges de paix, l'adoption ne pourrait se faire, puisque l'intervention de ces magistrats forme la base de l'adoption.

Fiore applique l'adage *Locus regit actum* (1). C'est confondre les formes instrumentaires avec les solennités exigées par la loi italienne comme par la loi française. Je laisse de côté la question controversée de savoir si l'adage s'applique aux actes solennels; dans l'espèce, il y a plus qu'un acte solennel, il y a un acte de la puissance souveraine; or, dans l'expression de la volonté nationale, tout est de rigueur. On ne pourrait pas appliquer la doctrine des équipollents, et bien moins encore la loi locale des formes, qui ne reçoit d'application qu'aux actes de pur intérêt privé. En théorie, Fiore a raison; le législateur a eu tort de faire de l'adoption un acte extraordinaire, un acte de souveraineté. Mais il faut prendre la loi telle qu'elle est, l'interprète n'a pas qualité pour la corriger. Je l'ai proposé dans le projet de révision du code civil, mais cette proposition implique un nouveau système, et témoigne par conséquent pour l'opinion rigoureuse que je défends contre le jurisconsulte italien.

35. Il y a une autre difficulté concernant les formes. On demande si les jugements qui interviennent en matière d'homologation doivent être rendus exécutoires, pour qu'on puisse s'en prévaloir en pays étranger. D'après ce que je viens de dire, la question ne peut être posée que si l'on

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 220.

admet que l'adoption peut avoir lieu à l'étranger, quand les formes sont identiques. Il en est ainsi en Belgique, puisque la législation française est la nôtre. Si donc un acte d'adoption était reçu en Belgique, entre Français, cet acte devrait-il être rendu exécutoire en France, pour que l'adoption y produisît ses effets? Même question si l'on admet que les adoptions faites par des étrangers conformément à leurs lois sont valables en France. Le code d'Italie exige également l'intervention des tribunaux : faudra-t-il que l'acte d'adoption soit rendu exécutoire en France? Sont soumis à cette formalité les jugements et les actes étrangers. Le mot jugement ne s'entend que d'une décision rendue par un juge dans une contestation, il suppose un procès, un demandeur, un défendeur, une exécution forcée si le demandeur obtient gain de cause, la chose jugée si la décision est favorable au défendeur. Or tels ne sont pas les jugements d'homologation, il n'y a point de débat, ni demandeur, ni défendeur; il n'y a pas d'exécution forcée sur les biens du défendeur, et il n'y a pas de chose jugée (1). Cela décide la question : il ne peut pas s'agir de rendre exécutoire un jugement qui n'est pas un jugement et qui n'a pas d'exécution forcée. On ne peut pas même dire que c'est un acte de juridiction gracieuse, comme les jugements qui, en matière de tutelle, homologuent les délibérations du conseil de famille. L'acte de consentement reçu par le juge de paix doit être homologué par le tribunal de première instance et par la cour d'appel, pour une raison toute spéciale et particulière à l'adoption, c'est que l'adoption entre-vifs est considérée comme un acte de la puissance souveraine, que les particuliers ne peuvent pas faire; il faut, pour son existence, l'intervention du pouvoir judiciaire, l'un des grands pouvoirs, qui sont les organes de la souveraineté nationale. Elle équivaut donc à une loi; or on ne rend pas une loi exécutoire. Quand les tribunaux français sont dans le cas d'appliquer une loi étrangère, ils le font par cela seul que c'est une loi, sans qu'ils aient le droit d'en vérifier le contenu; dès

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 307, n° 220.

que l'existence de la loi est certaine, elle doit recevoir son application, quand, d'après la nature du débat, le juge doit le décider d'après la loi étrangère.

On objectera que le code Napoléon n'exige point que l'adoption testamentaire soit homologuée par les tribunaux; cela est vrai, mais tout ce qui en résulte, c'est qu'il y a désharmonie, inconséquence dans le système de la législation française; elle est illogique à bien des égards, j'en ai fait la critique dans mon Exposé des motifs du projet de révision du code civil, auquel je renvoie. Mais de ce que le code est illogique, on ne peut pas conclure que le juge ne doit pas l'appliquer, tel que le législateur français l'a compris; or, il est certain que l'homologation judiciaire est une condition requise pour l'existence de l'adoption entre-vifs (1). C'est un débris du système primitif qui exigeait l'intervention du pouvoir législatif, au moins dans la pensée du premier consul; dans l'adoption, telle qu'elle a fini par être organisée, l'intervention de la puissance souveraine n'a plus de raison d'être.

36. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si les étrangers jouissant des droits civils peuvent adopter en France, et sous quelles conditions? L'adoption dépendant du statut personnel, on doit appliquer les principes qui régissent ce statut : il suit l'étranger en France, sa capacité doit donc être déterminée par la loi étrangère. Pour qu'il puisse adopter en France, il faut avant tout que sa loi nationale permette l'adoption. Elle n'existe pas en Angleterre (2); un Anglais ne pouvant pas adopter dans son pays, cette incapacité le suit en France : l'adoption qu'il y ferait serait inopérante en Angleterre. Les tribunaux français ne pourraient pas même homologuer un acte d'adoption que deux Anglais auraient passé devant le juge de paix; car ils doivent constater avant tout si l'adoption peut avoir lieu entre étrangers (3).

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 313, n° 225.
(2) Phillimore, *Private international law*, p. 385, n° 531.
Il en est de même dans les Etats-Unis, dans les Pays-Bas et dans le canton de Vaud (Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 216, n° 150.
(3) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 219, n° 151.

Comme il s'agit d'une question d'état plutôt que d'une simple question de capacité, les tribunaux se déclareraient incompétents, d'après la jurisprudence suivie en France, et alors même qu'ils consentiraient à intervenir, ils devraient appliquer la loi anglaise et décider en conséquence qu'il n'y a pas lieu à l'adoption.

Si le statut étranger permet l'adoption, on doit l'appliquer aux conditions intrinsèques qu'il prescrit pour la validité ou pour l'existence de l'adoption. C'est une conséquence de la personnalité du statut. Il faut dire de l'adoption ce que j'ai dit du mariage que des étrangers contractent en France. L'application du principe de personnalité soulève de grosses difficultés, en matière de mariage; il y a des conditions ou des empêchements établis par la loi française qui dominent le statut personnel des étrangers, parce que l'intérêt de la société est en cause. Y a-t-il aussi, dans l'adoption française, des conditions qui forment un statut réel en ce sens? A mon avis, non; les conditions que le code civil prescrit pour l'existence ou la validité de l'adoption tiennent à la nature de l'adoption telle que le législateur français la conçoit; or quand ce sont des étrangers qui adoptent, on suit leur loi nationale quant à la nature de l'adoption, donc aussi les conditions qui en découlent. Je crois inutile d'entrer dans le détail de ces conditions, comme je l'ai fait pour le mariage; le principe que je viens de poser suffit pour résoudre les difficultés qui pourraient se présenter, et qui ne se sont pas présentées jusqu'ici : je ne connais pas une seule décision judiciaire, en matière de droit civil international sur l'adoption entre étrangers; c'est un acte très rare entre Français, et plus rare encore entre étrangers.

La seule question qui pourrait donner lieu à une difficulté est celle des formes prescrites pour l'adoption. Y a-t-il lieu d'appliquer à l'adoption consentie par des étrangers en France la règle *Locus regit actum?* La solution dépend du statut personnel plutôt que du statut territorial; il faut voir quelle est la signification des formes prescrites par la loi étrangère. Si elle consacrait l'adoption romaine, telle que Napoléon aurait voulu l'introduire en

France, l'adoption à l'étranger serait impossible. Supposez que la loi nationale des étrangers exige une loi pour l'adoption ; il en serait ainsi en Angleterre ; la *common-law* n'admet pas l'adoption, mais comme le parlement peut tout faire, il pourrait aussi prononcer une adoption, comme il prononçait jadis le divorce, bien que le mariage fût réputé indissoluble. Or les cours anglaises n'auraient certainement pas admis la validité d'un divorce prononcé par le pouvoir législatif d'un Etat étranger ; et elles n'admettraient pas non plus la validité d'une adoption faite en pays étranger sous forme de loi. Si, d'après la loi étrangère, l'adoption n'est pas considérée comme un acte de la puissance souveraine, les formes changent de nature, et elles tombent sous l'application des principes généraux.

Toutefois ces principes mêmes sont controversés ; la plupart des auteurs appliquent aux formes solennelles requises pour l'existence d'un acte juridique la règle *Locus regit actum ;* dans cet ordre d'idées, il n'y a pas de difficulté, les formes prescrites par la loi nationale ne sont pas de l'essence de l'adoption ; elles peuvent être remplacées à l'étranger par les formes locales. La jurisprudence française est en ce sens, en matière de donations et de contrat de mariage ; quoique le code civil exige l'authenticité pour l'existence même de ces actes, les tribunaux décident qu'ils seront valables, s'ils sont rédigés par acte sous seing privé conformément à la loi locale. Par identité de raison, on devrait décider que l'adoption est valable si les formes locales ont été observées. Le code italien exige aussi l'intervention de l'autorité judiciaire pour la validité de l'adoption, avec quelques différences de détail (1) ; mais il ne paraît pas que cette solennité soit considérée comme un acte de la puissance souveraine ; dès lors rien n'empêcherait des Italiens de faire une adoption en France, dans les formes établies par le code civil. Si l'homologation des tribunaux avait la signification qu'elle a dans le code Napoléon, c'est-à-dire

(1) Code d'Italie, art. 213-216. Comparez Bianchi, *Corso elementare di Codice civile italiano*, t. IV, p. 139, n° 72-83.

si elle tenait lieu d'un acte législatif, l'adoption en France deviendrait impossible, dans mon opinion (n° 34).

37. L'adoption qui serait faite à l'étranger entre étrangers serait-elle valable en France? Y produirait-elle les effets que le statut national des parties y attache? On suppose que la loi étrangère ne prescrit point l'intervention de la puissance souveraine, que les formes n'ont pour objet que la preuve; et que les conditions établies par le statut personnel des parties ne sont point celles du code Napoléon. Je crois que, dans ce cas, tout dépend de la loi étrangère; l'adoption, valable d'après le statut personnel des parties, sera valable partout. L'adoption est consentie, elle existe, et elle est valable d'après la loi étrangère. Il en résulte une paternité fictive; la fiction peut imiter plus ou moins la réalité; toujours est-il qu'elle crée des droits qui dépendent de la parenté : telle est notamment l'obligation alimentaire qui existe entre l'adopté et l'adoptant : tel est surtout le droit de succession que l'adoption donne à l'adopté. Or, l'état avec les droits qui en dépendent sont régis par le statut personnel; peu importe comment cet état s'est formé, que ce soit par la nature, ou par un contrat, comme le mariage, ou par un acte d'adoption, toujours est-il que l'état est régi par le statut personnel, dans les pays qui admettent un statut personnel. Les effets que l'adoption produit d'après la loi étrangère existeraient aussi en France, quand même elle se ferait par jugement; sans que les tribunaux français puissent opposer à l'adopté que les jugements étrangers n'ont point de force exécutoire en France (n° 35).

Il n'y aurait d'exception à ces principes que si les effets de l'adoption étrangère étaient contraires à une loi française qui intéresserait les droits de la société; dans ce cas, le statut personnel de l'étranger serait tenu en échec par la loi territoriale. On demande s'il en est ainsi d'une loi qui déclareraitcomme nos anciennes coutumes qu'*adoption n'a lieu.* Ainsi le code néerlandais passe l'adoption sous silence; si une adoption se faisait en France ou en Belgique conformément au code civil, l'adopté pourrait-il succéder dans les Pays-Bas? Il y a un motif de douter.

Le silence de la loi implique une prohibition; il est certain que les Néerlandais ne peuvent adopter ni dans les Pays-Bas, ni à l'étranger. N'est-ce pas là un de ces statuts prohibitifs qui dominent le statut personnel? La prohibition par elle seule n'emporte pas la réalité du statut prohibitif. Nous en avons rencontré un exemple mémorable. La loi française abolit le divorce, elle défend à tout Français de divorcer; néanmoins la cour de cassation de France a décidé que les divorces prononcés à l'étranger entre étrangers auraient effet en France, de sorte que les époux divorcés y sont admis à contracter une nouvelle union, malgré l'indissolubilité du mariage, et quoique cette indissolubilité ait été consacrée par la loi de 1816, pour des raisons de moralité et d'ordre public. Cela me paraît décisif. La prohibition de l'adoption n'a rien de commun avec les bonnes mœurs ni avec l'intérêt général; si le législateur néerlandais n'a pas maintenu l'adoption du code français, c'est que cette innovation n'était pas entrée dans les mœurs, et les auteurs du nouveau code ne l'ont pas jugée assez utile pour la consacrer définitivement. Cela ne regarde que les Néerlandais qui sont régis par le nouveau code; cela ne regarde pas les étrangers; ceux-ci sont régis par leur loi personnelle, et je suppose que le statut national des parties, en vertu duquel l'adoption a eu lieu, n'a rien de contraire au droit de la société où on l'invoque. Cela me paraît décisif.

38. Autre est la question de savoir si des étrangers pourraient faire une adoption dans les Pays-Bas. Il est certain que des Français et des Belges ne le pourraient pas. En vertu de leur statut personnel, ils auraient le droit de faire une adoption; mais l'exercice de ce droit devient impossible dans les Pays-Bas; s'ils se présentaient devant le juge du canton pour y passer acte de leurs consentements respectifs, comme le veut l'article 353 du code Napoléon qui est aussi le nôtre, le juge devrait refuser son ministère; car la loi, dont il est le ministre, ne lui donne pas qualité pour recevoir un acte d'adoption; et s'il se trouvait un juge cantonal qui passât outre, le tribunal et la cour se refuseraient certainement à homologuer l'acte

qu'il aurait reçu. En effet, le pouvoir judiciaire tient ses attributions de la loi territoriale; il n'a pas le droit de procéder à des actes que cette loi ignore; chargé de la mission de décider des procès, il ne lui appartient pas d'intervenir là où il n'y a pas de contestation, ni demandeur ni défendeur. L'adoption à l'étranger ne deviendrait possible pour des Français que dans les cas où elle peut se faire d'après le droit commun. Le code Napoléon, par une singulière inconséquence, revient au droit commun, en permettant l'adoption testamentaire au tuteur officieux; le Français, tuteur officieux, pourrait certainement adopter son pupille par un testament reçu en pays étranger, quand même la loi territoriale ne connaîtrait ni tutelle officieuse, ni adoption testamentaire; les dispositions de dernière volonté ne dépendent pas de la loi locale.

39. Par quel statut sont réglés les effets de l'adoption? Naturellement par le statut national des parties, puisque l'adoption dépend en tout de la loi personnelle. C'est une conséquence logique de la personnalité. Il en serait ainsi même du droit sur la succession de l'adoptant, sans distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière. Cette dernière décision ne serait pas admise dans les pays où règne la réalité, en Angleterre et aux Etats-Unis. Je doute même qu'elle le serait en France, car les successions immobilières dépendent de la loi territoriale, d'après le principe établi par l'article 3, concernant les immeubles; et la cour de cassation a jugé que le principe s'appliquait même à la capacité requise pour succéder (1). De sorte que l'adopté étranger ne pourrait réclamer en France que les effets personnels qui résultent de l'adoption; et l'on comprend parmi ces effets le droit aux successions mobilières, les meubles suivant toujours la personne. Cela est contraire aux vrais principes, tels que je les ai exposés dans le cours de ces Etudes; mais la loi française, en matière de droit civil international, ne faisant que reproduire la tradition, il faut nécessairement appliquer le droit traditionnel.

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, n° 118.

La question que je viens de poser présente une autre difficulté ; l'adoptant et l'adopté peuvent appartenir à des nations différentes, et par conséquent ils seront régis par des statuts différents ; si ces statuts n'attribuent pas les mêmes effets à l'adoption, lequel faudra-t-il suivre? Fiore distingue, selon qu'il s'agit des droits et obligations de l'adopté dans sa famille naturelle, ou des rapports naissant de la paternité et de la filiation fictive qui résultent de l'adoption; les premiers, dit-il, sont régis par le statut de l'adopté, les autres par le statut de l'adoptant (1). Je doute que cette distinction soit exacte. La question de savoir si l'adopté reste dans sa famille naturelle, et s'il y a encore des droits et des obligations, dépend du système que la loi admet sur la nature de l'adoption. Crée-t-elle une paternité fictive, laquelle remplace la paternité naturelle? ou l'adopté reste-t-il dans sa famille? Dans le système de l'adoption romaine, tel que le premier consul l'a soutenu au conseil d'Etat, l'adoptant prenait la place du père naturel, à tel point que l'enfant adoptif oubliait qu'il avait un père que la nature lui avait donné; dans cet ordre d'idées, il ne pourrait être question d'un statut personnel de l'adopté, différent du statut de l'adoptant. Pour que l'adopté conserve son statut à l'égard de sa famille naturelle, il faut qu'il y ait deux familles; c'est ce que dit le code Napoléon (art. 348). Logiquement, il faudrait dire que l'adopté conserve son statut, en ce sens que la fiction est limitée aux effets que la loi y attache. Mais la théorie française est si inconséquente, que l'on risque de se tromper quand on veut suivre un principe logique. Tout, d'après le code, est rapporté à l'adoptant, l'adopté ne figure dans l'adoption que pour recevoir un bienfait. C'est le juge de paix du domicile de l'adoptant qui reçoit les consentements des parties, c'est le tribunal du domicile de l'*adoptant* qui homologue l'acte reçu par le juge de paix; c'est au domicile de l'*adoptant* que se fait l'inscription de l'*adoption* sur les registres de l'état civil (2), et j'ai dit que

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 222, n° 154.
(2) *Code napoléon*, art. 353, 354, 359.

cette inscription est requise pour l'existence même de l'adoption. N'en faut-il pas conclure que le statut de l'adoptant domine et absorbe le statut de l'adopté? Ce serait mon avis; je ne l'émets qu'en hésitant, à raison des inconséquences de la loi française. Il résulte de là que c'est le statut de l'adoptant qui décidera si l'adopté reste dans sa famille naturelle, et quels sont, sous ce rapport, ses droits et ses obligations.

§ II. — *La tutelle.*

N° 1. QU'EST-CE QUE LA TUTELLE?

40. Le mot même de tutelle en indique la nature et l'effet; il vient d'un mot latin qui signifie défendre, protéger. On pourrait donner le même nom au père; et dans l'ancien droit, la *garde* noble et bourgeoise s'appliquait réellement au père, chargé d'élever l'enfant mineur: de là le nom de *guardian* que l'on donne, dans le droit anglais, à tous ceux qui ont pour mission de défendre des incapables. Le père ne se distingue pas, sous ce rapport, du tuteur; il a avant tout charge d'âmes, c'est là ce qui fait l'essence de l'autorité paternelle, c'est un devoir, une obligation que la nature lui impose; si on l'a qualifiée de puissance, c'est parce que le droit romain a longtemps régné sur le continent, et à Rome, la famille reposait sur l'idée de puissance; de là cette fausse conception que la puissance paternelle est un droit du père; et en réalité le père exploitait sa puissance, pour dépouiller ses enfants. Les auteurs du code civil ont eu tort d'emprunter à un droit qu'ils qualifient de barbare, la jouissance des biens qu'ils accordent au père sur les biens des mineurs. Cette déviation du droit de la nature ne se rencontre pas dans la tutelle; on n'a jamais demandé si la tutelle est un droit du tuteur; la question n'aurait pas de sens. Plus logiques dans la matière de la tutelle que dans celle de la puissance paternelle, les jurisconsultes romains sont restés fidèles à la loi de la nature qui veut que l'incapable ait un protecteur; la nature le lui donne dans ses père et mère; si l'enfant

a le malheur de les perdre, la nature veut qu'on les remplace : de là la tutelle. On n'a jamais songé, en droit romain ni en droit français, à donner au tuteur un droit quelconque sur les biens de son pupille; la loi pousse la délicatesse à ce point qu'elle ne veut pas même lui allouer une indemnité pour le temps qu'il consacre à soigner l'éducation et les affaires de son pupille : tout doit se faire par affection désintéressée, de sorte que, par une étrange inconséquence, le législateur exige du tuteur un désintéressement dont le père, certes, devrait donner l'exemple. Toujours est-il qu'il y a identité entre la tutelle et la puissance paternelle; c'est une seule et même autorité de protection, d'éducation, de défense.

41. Il y a cependant des différences. Notre loi ne parle jamais de la puissance tutélaire, et elle a conservé le nom de puissance paternelle, tout en suivant les coutumes qui disaient : « droit de puissance paternelle n'a lieu ». Cette première différence n'en est pas une, car elle est purement nominale. La seule différence que le code fasse entre le père et le tuteur, c'est qu'il accorde au père une confiance plus grande, et par suite des droits plus étendus qu'au tuteur, ce qui est assez naturel; leur autorité repose sur l'affection qu'ils ont pour l'enfant; or l'amour du père n'a pas de limites, et son dévouement est sans bornes, tandis que l'affection du tuteur est seulement présumée. Voilà pourquoi le droit d'éducation du père n'est pas subordonné à l'intervention d'un conseil de famille comme celui du tuteur; la loi ne le soumet à aucune garantie en faveur de l'enfant, elle suppose, et avec raison, que l'amour paternel est la plus forte des garanties; le tuteur, au contraire, a un surveillant dans le subrogé tuteur, et le conseil de famille intervient dans les actes les plus importants concernant la gestion tutélaire; de plus le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, et quand celui-ci n'a pas de biens, le législateur restreint son pouvoir d'administration pour sauvegarder les intérêts du pupille.

Ces différences, néanmoins, ne portent que sur l'étendue de l'autorité dont la loi investit le père et le tuteur, elles

n'influent pas sur la nature de cette autorité; c'est toujours un pouvoir de protection, donc un devoir plutôt qu'un droit. Pour le père, il y a quelque doute, parce que le code civil lui a donné l'usufruit des biens de l'enfant; ce doute n'existe point pour le tuteur, il n'a aucun droit sur les biens du pupille. Aussi n'a-t-on jamais demandé si la tutelle est un droit; c'est une charge qui a pour unique objet d'élever le pupille, et de soigner ses intérêts; le pupille seul a des droits, le tuteur n'a que des obligations. Il en devrait être de même pour le père; l'usufruit légal est une anomalie; je renvoie à ce que j'ai dit de la puissance paternelle (n° 16).

42. Au point de vue du droit civil international, il y a une différence entre le père et le tuteur. L'autorité du père a son principe dans la nature; en donnant le jour à l'enfant, il contracte l'obligation de l'entretenir et de l'élever : il a charge d'âme, et il doit prendre soin du corps; les droits qu'il a sont inhérents à cette charge, ce ne sont que des moyens que la nature elle-même lui accorde pour qu'il puisse remplir la charge qui lui incombe. Son titre est dans la paternité; ce titre peut parfois être douteux, mais dès qu'il est établi, le père est père partout, et il exerce partout les droits qui sont attachés à sa charge. C'est seulement dans les rares cas où il y a abus que les lois permettent d'enlever au père une autorité dont il est indigne; mais tant qu'il l'exerce, il la porte avec lui, on n'a jamais songé à la lui contester en pays étranger, ni à remplacer l'autorité paternelle par une autorité que la loi créerait ou que le juge établirait. Il n'en est pas de même de la tutelle, elle est instituée par la loi, et elle se défère en vertu de la loi. Sans doute la nature demande que l'enfant ait un protecteur, mais elle ne dit pas qui nomme ce protecteur, ni jusqu'où s'étendent son autorité et ses droits. On ne peut donc pas dire du tuteur ce que je viens de dire du père, qu'il porte son autorité avec lui, dans son sang; il y a quelque chose de factice dans son pouvoir; on conçoit donc que la loi qui l'a créé le reconnaisse, tandis que la loi qui ne l'a pas créé peut, à la rigueur, ne pas le reconnaître. Dès que la loi intervient, il peut naître des conflits

et il se présente nécessairement des difficultés que le droit international privé doit décider.

43. Il y a d'abord une difficulté de théorie, mais qui influe sur le droit positif. On demande si la tutelle est de droit public ou de droit privé. Un illustre jurisconsulte répond que, dans le droit commun de l'Europe, la tutelle est considérée comme une dépendance du droit public. Elle s'exerce sur des incapables par excellence, les mineurs que leur âge, donc la nature rend incapables, et qu'il faut élever pour en faire des hommes. Or, le premier devoir de l'Etat est d'intervenir pour protéger ceux qui ne peuvent pas se guider eux-mêmes. Savigny en conclut que la tutelle appartient essentiellement au droit public; ce n'est que sous quelques rapports, dit-il, qu'elle est régie par le droit privé (1). J'ai des doutes sur l'exactitude de cette théorie; en tout cas, ce n'est pas celle du droit français.

Je ne conteste pas le droit et le devoir de l'Etat de protéger les incapables; j'ai invoqué son intervention pour déclarer l'instruction obligatoire, quand le père, oubliant qu'il a charge d'âme, néglige d'instruire et d'élever son enfant; je l'ai encore invoquée contre la fausse liberté du père de famille qui tue son enfant, physiquement ou moralement, quand il l'envoie à l'atelier à un âge où l'éducation commence à peine. On le voit déjà, l'Etat doit protection aux mineurs non seulement quand ils sont sous tutelle, mais aussi quand ils sont placés sous puissance paternelle. De plus, il y a d'autres incapables, les aliénés, les sourds et muets, les aveugles, les faibles d'esprit, les prodigues; leur incapacité a des caractères particuliers, mais toujours est-il que partout où il y a des incapables, l'Etat, comme organe de la société, les doit protéger. Que dis-je? Alors même que l'homme a atteint l'âge de la capacité légale, il a encore besoin de la protection de l'Etat, et, de fait, l'action de l'Etat, dans le but d'accorder aide et appui à l'individu, s'étend, à mesure que l'on attache plus d'importance au développement intellectuel

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 340.

et moral de l'homme, et il faut y ajouter le développement physique, puisque le corps est l'instrument de l'âme. Si l'on doit rapporter au droit public l'intervention de l'Etat dans l'intérêt des incapables, tout le droit privé deviendra une dépendance du droit public. Cette théorie est très dangereuse, et c'est en ce sens que je la crois inexacte; elle menace d'absorber l'individu dans l'Etat et de détruire l'individualité humaine. Il en était ainsi dans les républiques de l'antiquité : l'homme y était absorbé par le citoyen, et le citoyen était absorbé, dominé par l'Etat. Un illustre philosophe en concluait que les enfants appartenaient à l'Etat avant d'appartenir à leur famille. Platon réglementait en conséquence l'éducation publique jusque dans les moindres détails, pour élever les jeunes générations, j'allais dire pour les dresser, conformément à son idéal ; et il réglementait de même toute la vie privée, il ne laissait pas à l'individu la moindre liberté. Ce n'est certes pas là la pensée de Savigny, mais sa théorie conduit à cet excès. Disons plutôt que l'Etat n'est pas le but; le but est le développement de l'individu et son perfectionnement. C'est dans cet esprit que l'Etat doit diriger l'instruction et l'éducation, sans prétendre inculquer aux nouvelles générations ses croyances ou ses idées que l'Etat considérerait comme un idéal : l'homme, comme le dit Hegel, doit être élevé à la liberté et non à la servitude. En ce sens, le droit public est subordonné au droit privé : pour mieux dire, le droit public ne doit intervenir que lorsque le droit privé est inefficace.

44. Je laisse là la théorie pour revenir au droit positif. Est-il vrai que la tutelle soit de droit public? Il faut compléter la question et y comprendre la puissance paternelle, car l'autorité du père et celle du tuteur ont le même objet, la protection des mineurs, et l'Etat doit intervenir pour protéger les enfants contre leur père aussi bien que contre leur tuteur; il faut dire plus, son intervention est plus nécessaire quand les enfants sont sous puissance paternelle que lorsqu'ils sont sous tutelle, parce que l'autorité du père est plus grande : on n'a jamais parlé de la *liberté* du *tuteur*, tandis que l'on abuse étrangement

de la *liberté* du *père de famille*. Je demande donc si la puissance paternelle et la tutelle appartiennent au droit public dans la théorie du code Napoléon. C'est à peine si la question peut être posée. En quoi consiste la puissance du père et l'autorité du tuteur? Quelle est leur mission commune? Ils ont charge d'âme; ils élèvent l'enfant; ici l'Etat intervient en organisant une instruction que les pères et les tuteurs seraient incapables de donner au mineur. C'est le droit de l'enfant, et, au besoin, l'Etat sauvegarde ce droit. Ainsi l'enfant seul a un droit, tout se rapporte à lui, donc tout est de droit privé. L'Etat doit respecter l'individualité de l'enfant comme le père et le tuteur la doivent respecter.

La question que je discute a encore une autre face. Pothier dit que la tutelle est une charge publique, et les auteurs français reproduisent cette idée (1). Pothier base le principe, non sur l'objet de la tutelle, mais sur le mode de son établissement. Dans l'ancien droit, toute tutelle était dative dans les pays de droit coutumier, et conférée par les tribunaux, donc par l'autorité publique. Ce motif n'existe plus sous le code Napoléon : c'est la loi qui défère la tutelle, ou c'est le dernier mourant des père et mère, ou c'est le conseil de famille. Et quand même les tribunaux interviendraient, il n'en résulterait pas que la tutelle est de droit public. Les dispositions mêmes du code civil prouvent le contraire. Le tuteur peut s'excuser de la tutelle quand il remplit une des fonctions déterminées par la loi. Quel est le fondement de cette excuse? L'orateur du Tribunat, après avoir dit que la tutelle est une charge publique, ajoute qu'elle est déférée au nom d'un *intérêt particulier*; il en conclut que le service de l'Etat l'emporte sur les obligations du tuteur (2). N'est-ce pas avouer que le tuteur exerce une mission d'intérêt privé? Gérer des biens, et prendre soin de la personne d'un enfant, ne sont pas des fonctions publiques. Donc la tutelle n'est pas de droit public.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 13, n° 20.
(2) Leroy, *Discours*, n° 12 (Locré, t III, p. 429, édition de Bruxelles).

Comme j'ai contre moi l'autorité de Savigny, on me permettra de m'appuyer sur l'opinion d'un de ses élèves, M. Brocher qui, récemment, a fait de son maître un éloge que je n'ai garde de contredire : « Il faut voir *avant tout* et *principalement* dans la tutelle une dépendance du *droit de famille*. C'est aux *membres* valides de cette grande institution qu'il incombe en première ligne de venir en aide à ceux qui ont besoin de *protection*. C'est d'ailleurs en eux que se trouve l'*intérêt le plus direct* et la plus exacte connaissance de l'état des choses. C'est bien certainement dans ce milieu que se doivent prendre les agents les plus actifs d'une telle administration. L'autorité supérieure ne peut pas rester indifférente et inactive; mais, sauf les cas d'urgence, c'est principalement comme modérateur et comme contrôle qu'elle doit agir. Il résulte de là que cette institution revêt un caractère mixte, dans une certaine mesure tout au moins : *elle appartient au droit civil quant au fond*, mais elle intéresse fortement l'ordre public, et la magistrature doit souvent y intervenir (1). » C'est ce que j'ai dit dans mes *Principes de droit civil* (2); je suis heureux, en combattant Savigny, de me trouver d'accord avec un de ses disciples.

45. De ce que la tutelle est de droit public, Pothier concluait que les étrangers sont incapables d'être tuteurs (3). Cette doctrine a longtemps régné dans la jurisprudence. La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire, que j'ai professée dans mes *Principes de droit civil* : je renvoie à ce que j'ai dit ici même (4).

Dans l'application du principe, il s'est présenté une difficulté qui se complique d'une autre question controversée, et sur laquelle je ne puis me rallier à l'opinion consacrée par la jurisprudence française. En 1870, est décédé en Algérie un vice-consul autrichien, marié avec

(1) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 159.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 477, n° 366.
(3) Pothier, *Traité des personnes*, n° 153.
(4) Voyez le t. III de ces Etudes, p. 602, n° 345, et mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 560, n° 445.

une Française, et laissant pour seule héritière sa fille unique. La veuve, se fondant sur sa qualité de tutrice légale de sa fille mineure, fit apposer les scellés. Intervinrent un tuteur datif nommé par le consul autrichien et le consul lui-même, en vertu de la convention conclue le 11 décembre 1866 par l'Autriche et la France. Question de savoir si la veuve d'un étranger était tutrice légale d'après le droit français. La cour d'Alger donna gain de cause à la veuve ; sur le recours en cassation, la chambre civile prononça un arrêt de rejet, après délibéré en chambre du conseil.

La cour se fonde sur l'article 19 du code civil, qu'elle interprète dans le sens de la jurisprudence française ; la veuve qui réside en France recouvre, de plein droit, la qualité de Française à partir du décès de son mari. A mon avis, cette décision est contraire au texte et à l'esprit du code civil ; je crois l'avoir prouvé dans le cours de ces Etudes (1). La veuve, dans mon opinion, restant étrangère tant qu'elle n'a point fait la déclaration prescrite par le code Napoléon, la question de savoir qui est tuteur devait être décidée par la loi autrichienne, la mère étant devenue Autrichienne par son mariage et l'enfant suivant la condition de son père.

Même en admettant l'interprétation que la cour donne à l'article 11, on arrive à la même conclusion. Pour appliquer le code civil, la cour de cassation dit que la veuve étant redevenue Française à l'instant même du décès de son mari, il en résulte qu'elle est régie, pour ses droits comme pour ses devoirs corrélatifs, par la loi française ; qu'elle s'est, par conséquent, trouvée investie de plein droit de la tutelle légale de sa fille mineure et de tous les attributs actifs et passifs de la puissance paternelle. Cela suppose que la tutelle est un droit du tuteur ; or, la négative me paraît certaine (n[os] 40 et 41) ; si la loi donne la tutelle au survivant des père et mère, ce n'est pas dans son intérêt ; son intérêt demanderait, au contraire, qu'il n'y eût pas de tutelle, et qu'il conservât la

1) Voyez le t. III de ces Etudes, p. 302, n[os] 170 et 171.

puissance paternelle dans toute sa plénitude : en effet, comme tuteur, il est frappé de l'hypothèque légale, il est placé sous le contrôle du subrogé tuteur et du conseil de famille. Pourquoi le code Napoléon organise-t-il la tutelle quand l'enfant a le malheur de perdre un de ses père et mère? C'est pour sauvegarder les intérêts de l'enfant, c'est donc de son droit qu'il s'agit et non du droit du père ou de la mère.

La cour de cassation prévoit l'objection. En admettant même que la veuve eût recouvré de plein droit la nationalité française, l'enfant mineure conservait celle de son père, elle était donc Autrichienne; et la tutelle étant, en principe, un droit pour l'enfant, il fallait appliquer le code d'Autriche. La cour répond : « En supposant même que la loi autrichienne, qui est la loi personnelle de la mineure, n'admette ni la tutelle légale, ni l'usufruit légal des père et mère, les principes de la *souveraineté* s'opposent à ce que cette loi puisse prévaloir en France, *contre la loi française,* au préjudice des *droits* et des *intérêts français,* dont les tribunaux français doivent, avant tout, assurer la conservation. » La cour paraît reconnaître que la tutelle d'un enfant étranger doit être déférée par la loi nationale de l'enfant, puisqu'elle cherche à écarter son statut personnel. Elle lui oppose la loi française au nom de la *souveraineté,* ce qui implique qu'il y a un *droit de la société* en cause. Il en serait ainsi s'il était vrai, comme le dit Savigny, que la tutelle soit de droit public. Dans le langage de la doctrine traditionnelle, les lois de droit public forment un statut réel qui l'emporte sur le statut personnel de l'étranger et le domine : en ce sens, la souveraineté française s'opposait, dans l'espèce, à l'application de la loi étrangère. Je ne sais si telle est la pensée de la cour, puisqu'elle se borne à invoquer la *souveraineté,* sans dire en quoi la souveraineté est intéressée dans le débat. En tout cas, je repousse le principe et la conséquence que l'on en voudrait tirer : la tutelle est de droit privé, puisqu'elle n'a d'autre objet que de sauvegarder des intérêts privés : la *loi française* est donc hors de cause.

La cour ajoute que, dans l'espèce, l'application de la loi étrangère se ferait au préjudice des droits et des intérêts français, dont les tribunaux français doivent, avant tout, assurer la conservation (1). Voilà une doctrine funeste, contre laquelle je proteste de toutes mes forces. Non, les tribunaux français ne sont pas établis pour conserver les *droits* et les *intérêts français*. Il faut d'abord mettre les *intérêts* hors de cause, car le juge ne statue pas sur des *intérêts*, il statue sur les droits des parties : et quand l'une des parties est française et l'autre étrangère, le juge a le devoir d'examiner pour qui est le droit et par quelle loi le droit est régi; s'il s'agit du droit de l'étranger, il est tenu d'appliquer la loi étrangère, car il doit justice avant tout, justice à l'étranger aussi bien qu'au Français. Dire, comme le fait la cour, que les tribunaux doivent, avant tout, conserver les droits français, quand même ce serait au préjudice des droits de l'étranger, c'est détruire la justice au lieu de la rendre. Dans le conflit entre la mère française et l'enfant étranger, on ne pouvait pas même dire qu'il s'agit de *droits français*, car la tutelle n'est pas un droit du tuteur, c'est un droit de l'enfant, le tuteur n'a que des devoirs; or, le premier devoir de la mère tutrice était de respecter les droits de son enfant, et le devoir des tribunaux était de les sauvegarder. J'ai déjà rencontré, dans le cours de ces Etudes, le système de l'intérêt français; je l'ai combattu en principe (2), je le combats dans ses conséquences. Il n'y en a pas de plus funeste pour notre science : elle doit établir la communauté de droit entre les *nations*, afin que la justice règne dans ce monde. Quant aux intérêts, ils seront toujours en conflit, et si on les écoute, la justice sera une guerre; les tribunaux français conserveront les intérêts français, et les cours anglo-américaines conserveront, comme elles le font du reste, les intérêts anglais et américains ; ailleurs on le fera par représailles. Au lieu de la *communauté du droit*, nous aurons l'hostilité permanente : *homo homini lupus*.

(1) Rejet, chambre civile, 13 janvier 1873 (Sirey, 1873, I ,13).
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 82, nos 48-51.

46. Un enfant mineur ayant sa résidence en France devient orphelin. D'après le code Napoléon, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur, quand il n'y a pas de tuteur légal ni testamentaire, et le conseil est convoqué au domicile du mineur (C. Nap., art. 406). On demande si le conseil peut nommer un tuteur à un enfant étranger. C'est le pendant de la question que je viens d'examiner, à savoir si le tuteur peut être étranger, et la décision est la même. La tutelle est un droit pour l'enfant, et puisqu'elle est de droit privé, il faut décider que ce n'est ni un droit politique, ni un droit civil, dans le sens étroit de l'article 11. Partant, l'enfant étranger a droit à la protection tutélaire aussi bien que l'enfant français. Je reviendrai sur la question du statut qui régit la tutelle; pour le moment, il s'agit uniquement de savoir si la qualité d'étranger est un obstacle à ce que le juge de paix réunisse un conseil de famille pour lui nommer un tuteur. En principe, la solution n'est pas douteuse. Bien que la loi organise la tutelle, on ne peut en induire qu'elle constitue un droit civil, pas plus que le mariage. Si c'est un droit naturel de se marier, c'est aussi un droit naturel pour l'enfant d'être protégé, défendu. Cependant, dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que les tribunaux français ne pouvaient pas nommer un tuteur à un étranger. Merlin cite deux arrêts célèbres qui l'ont jugé ainsi(1); comme les décisions des parlements n'étaient pas motivées, nous ignorons les motifs de cette jurisprudence barbare. Le grand jurisconsulte ne combat point la doctrine traditionnelle, qui était peut-être fondée sur le principe universellement admis, que la tutelle est de droit public. Si l'on considère la tutelle comme une dépendance du droit privé, le motif tombe. Reste le devoir pour l'Etat de prendre la défense des êtres faibles qui se trouvent sur son territoire; et parmi ces êtres faibles se trouvent les étrangers, et les plus faibles parmi les faibles, ne sont-ce pas les orphelins laissés par un étranger? La Constitu-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 7 (t. XVII, p. 435 de l'édition in-8° de Bruxelles).

La cour ajoute que, dans l'espèce, l'application de la loi étrangère se ferait au préjudice des droits et des intérêts français, dont les tribunaux français doivent, avant tout, assurer la conservation (1). Voilà une doctrine funeste, contre laquelle je proteste de toutes mes forces. Non, les tribunaux français ne sont pas établis pour conserver les *droits* et les *intérêts français*. Il faut d'abord mettre les *intérêts* hors de cause, car le juge ne statue pas sur des *intérêts,* il statue sur les droits des parties : et quand l'une des parties est française et l'autre étrangère, le juge a le devoir d'examiner pour qui est le droit et par quelle loi le droit est régi; s'il s'agit du droit de l'étranger, il est tenu d'appliquer la loi étrangère, car il doit justice avant tout, justice à l'étranger aussi bien qu'au Français. Dire, comme le fait la cour, que les tribunaux doivent, avant tout, conserver les droits français, quand même ce serait au préjudice des droits de l'étranger, c'est détruire la justice au lieu de la rendre. Dans le conflit entre la mère française et l'enfant étranger, on ne pouvait pas même dire qu'il s'agit de *droits français,* car la tutelle n'est pas un droit du tuteur, c'est un droit de l'enfant, le tuteur n'a que des devoirs; or, le premier devoir de la mère tutrice était de respecter les droits de son enfant, et le devoir des tribunaux était de les sauvegarder. J'ai déjà rencontré, dans le cours de ces Etudes, le système de l'intérêt français; je l'ai combattu en principe (2), je le combats dans ses conséquences. Il n'y en a pas de plus funeste pour notre science : elle doit établir la communauté de droit entre les *nations,* afin que la justice règne dans ce monde. Quant aux intérêts, ils seront toujours en conflit, et si on les écoute, la justice sera une guerre; les tribunaux français conserveront les intérêts français, et les cours anglo-américaines conserveront, comme elles le font du reste, les intérêts anglais et américains ; ailleurs on le fera par représailles. Au lieu de la *communauté du droit,* nous aurons l'hostilité permanente : *homo homini lupus.*

(1) Rejet, chambre civile, 13 janvier 1873 (Sirey, 1873, I ,13).
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 82, nos 48-51.

46. Un enfant mineur ayant sa résidence en France devient orphelin. D'après le code Napoléon, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur, quand il n'y a pas de tuteur légal ni testamentaire, et le conseil est convoqué au domicile du mineur (C. Nap., art. 406). On demande si le conseil peut nommer un tuteur à un enfant étranger. C'est le pendant de la question que je viens d'examiner, à savoir si le tuteur peut être étranger, et la décision est la même. La tutelle est un droit pour l'enfant, et puisqu'elle est de droit privé, il faut décider que ce n'est ni un droit politique, ni un droit civil, dans le sens étroit de l'article 11. Partant, l'enfant étranger a droit à la protection tutélaire aussi bien que l'enfant français. Je reviendrai sur la question du statut qui régit la tutelle; pour le moment, il s'agit uniquement de savoir si la qualité d'étranger est un obstacle à ce que le juge de paix réunisse un conseil de famille pour lui nommer un tuteur. En principe, la solution n'est pas douteuse. Bien que la loi organise la tutelle, on ne peut en induire qu'elle constitue un droit civil, pas plus que le mariage. Si c'est un droit naturel de se marier, c'est aussi un droit naturel pour l'enfant d'être protégé, défendu. Cependant, dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que les tribunaux français ne pouvaient pas nommer un tuteur à un étranger. Merlin cite deux arrêts célèbres qui l'ont jugé ainsi (1); comme les décisions des parlements n'étaient pas motivées, nous ignorons les motifs de cette jurisprudence barbare. Le grand jurisconsulte ne combat point la doctrine traditionnelle, qui était peut-être fondée sur le principe universellement admis, que la tutelle est de droit public. Si l'on considère la tutelle comme une dépendance du droit privé, le motif tombe. Reste le devoir pour l'Etat de prendre la défense des êtres faibles qui se trouvent sur son territoire; et parmi ces êtres faibles se trouvent les étrangers, et les plus faibles parmi les faibles, ne sont-ce pas les orphelins laissés par un étranger? La Constitu-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 7 (t. XVII, p. 435 de l'édition in-8° de Bruxelles).

tion belge en a une disposition formelle : « *Tout étranger* qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi (art. 128). »

Il y a une objection : c'est que, d'après le code civil, le conseil de famille du *domicile* du mineur doit lui nommer un tuteur. Merlin répond que cet article suppose que le domicile de l'enfant et son lieu de naissance dépendent de la même souveraineté ; dans ce cas, il est naturel que la tutelle soit déférée au domicile, parce que c'est là que se trouveront les parents du mineur, et que là aussi est le siége de ses affaires; et il n'en peut résulter aucun inconvénient, parce qu'il existe des moyens faciles et prompts non seulement d'avertir le juge du domicile de l'obligation où il est de faire pourvoir l'enfant d'un tuteur, mais encore de le forcer, par l'intervention d'une autorité supérieure et commune aux deux localités de remplir cette obligation. Il n'en est pas de même quand l'enfant naît en pays étranger. D'abord il se peut qu'il n'ait plus de domicile dans sa patrie d'origine et qu'il n'en ait pas encore dans le pays où il est né; puis, en supposant qu'il ait un domicile, le juge du lieu où l'enfant est né n'a pas de moyen direct de forcer celui de son domicile de lui nommer un tuteur; cela ne peut se faire que par une correspondance diplomatique, voie toujours fort lente et quelquefois incertaine. Et cependant il y a des circonstances où l'humanité exige que l'enfant ait un défenseur légal. L'enfant manque d'aliments et ceux qui sont tenus de lui en fournir ont des biens en France; ou son état est attaqué par celui que le mariage de sa mère lui désigne comme père. Alors il faut de toute nécessité que le juge lui nomme un défenseur (1).

J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que la question se présenta devant la cour de Liége pour le fils d'un roi. Gustave-Adolphe IV, roi de Suède, fut déclaré déchu du trône par la diète, le 10 mai 1809 ; après avoir résidé

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, sect. IV, § III, n° III (t. XVII, p. 493 de l'édition in-8° de Bruxelles).

dans divers pays, il amena ses enfants à Herve, petite ville de Belgique. Il mourut en 1837 à Saint-Gall, en Suisse; son fils était encore mineur. On réunit un conseil de famille à Spa, lieu de la dernière résidence que le père avait eue en Belgique. Quel était le domicile de l'enfant? Il était impossible de le dire, le père ayant mené une vie errante depuis sa déchéance. Un banquier d'Aix-la-Chapelle, qui avait eu des relations avec le feu roi, fut nommé tuteur. Cette nomination fut attaquée; la cour de Liége la valida. Elle établit en fait que, lors du décès de son père, le mineur se trouvait en Belgique, sans parents connus, sans protecteur légal, sans administrateur légitime de sa fortune; il avait droit à la protection que la Constitution belge assure à tout étranger; il était donc nécessaire de lui donner un tuteur (1).

La même question s'est présentée devant le tribunal de la Seine. Un conseil de famille réuni à Paris avait nommé un tuteur à des enfants nés à Paris du mariage d'un étranger, né Haïtien. Quel était le domicile du père et, partant, des enfants lors du décès de leur mère? Il était difficile de le savoir. Le père, lors du décès de sa femme, était détenu dans la prison de Lons-le-Bourg, en Suisse, pour y subir la peine de cinq années de réclusion, à laquelle il avait été condamné par la cour criminelle de Genève. Cet individu avait mené une existence de vagabond depuis vingt ans; il avait contracté un second mariage du vivant de sa première femme, changeant de nom dans chaque pays où il s'établissait. Etait-il, d'après sa loi personnelle, le tuteur de ses enfants? Loin de se gérer comme tuteur, il avait abandonné ses enfants, et il ne s'était rappelé qu'il était père que lorsque les enfants avaient été appelés à recueillir la succession de leur aïeule. Il forma alors une action devant le tribunal de la Seine et soutint que, citoyen haïtien, son état, comme sa capacité civile, ainsi que l'état de ses enfants étaient réglés par son statut personnel; que le conseil de famille réuni à Paris n'avait pu porter atteinte aux droits que lui conférait

(1) Liége, 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 167).

la loi de son pays, quant à l'exercice de la puissance paternelle et de la tutelle. En droit, cela est incontestable. Le tribunal décida qu'il était indigne de la tutelle par sa conduite criminelle; que, par suite, il y avait lieu de maintenir le tuteur qui avait été nommé à ses quatre enfants, abandonnés sans ressources par leur père. En droit, le tribunal déclara qu'il lui appartenait, alors qu'il n'avait pas été pourvu à la défense des intérêts des mineurs dans la forme et suivant les règles établies par la loi du pays auquel les rattachait leur filiation, d'assurer la protection due en France à leurs personnes et à leurs biens. Le statut personnel invoqué par le demandeur lui imposait des obligations qu'il n'avait jamais remplies ; dès lors il ne pouvait réclamer les droits qui y sont attachés. Il restait à la justice française à assurer à des mineurs la protection qu'ils peuvent réclamer, quelle que soit leur nationalité (1).

47. La décision me paraît irréprochable au fond. Elle constate que le père des enfants mineurs n'avait pas conservé de domicile à Haïti, qu'il avait eu une résidence à Paris, où il s'était marié, sans que l'on pût dire que c'était un véritable domicile. A vrai dire, l'état des enfants dépend, non de la loi du domicile, mais de leur loi nationale, c'était donc d'après la législation haïtienne qu'il eût fallu décider si le père avait conservé la puissance paternelle ou s'il était tuteur légal; sauf à le destituer de ses droits pour cause d'indignité. Une fois le père hors de cause, la protection à laquelle les mineurs ont droit, quoique étrangers, faisait un devoir au juge de paix et à la famille maternelle de leur nommer un tuteur.

L'application du statut national peut devenir impossible quand les enfants n'ont pas de nationalité, et j'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que le nombre est grand des personnes qui n'ont pas de patrie. Des étrangers s'établissent en France, sans esprit de retour; ils perdent leur nationalité d'origine et ils n'acquièrent point la nationalité

(1) Jugement du tribunal de la Seine du 10 avril 1877 (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 275).

française; les enfants qui naissent sur le sol français n'auront aucune patrie, donc pas de statut national. Dans mon opinion, ils seront régis forcément par la loi territoriale.

48. La diplomatie s'est émue de la condition des enfants qui, en pays étranger, se trouvent sans protecteur quand ils ont le malheur de perdre leurs père et mère. Je rapporterai une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation de France. La convention consulaire entre la France et l'Espagne, publiée par décret du 18 mars 1862, porte (art. 20), qu'il appartient aux consuls français ou espagnols, en cas de décès d'un sujet de l'une des nations sur le territoire de l'autre, d'organiser, s'il y a lieu, la tutelle ou curatelle, conformément aux lois des pays respectifs. En vertu de cette convention, le consul d'Espagne résidant à Alger nomma un tuteur et curateur *ad litem* à des mineurs espagnols pour les représenter dans l'instance en partage intentée par leur mère. Ce tuteur étant venu à mourir, un conseil de famille, tenu à Alger, procéda à la nomination d'un nouveau tuteur. La cour de cassation a jugé que la délibération du conseil était radicalement nulle, puisqu'il avait nommé un tuteur en contravention à une convention internationale ayant force de loi (1).

Il y a aussi une convention consulaire entre la France et l'Autriche (11 décembre 1866), qui donne aux consuls le droit d'apposer les scellés et de procéder à la levée des scellés et à l'inventaire. Elle ne dit pas que les consuls ont le droit de nommer un tuteur. L'exécution de la convention, telle que l'entendait le consul autrichien à Alger, donna lieu à une difficulté qui fut portée devant la cour de cassation. La mère, Française d'origine, fit apposer les scellés, et prétendit que les effets héréditaires devaient lui être remis après inventaire. Cette prétention fut contestée par le consul d'Autriche-Hongrie à Alger, qui soutint qu'il avait le droit exclusif de procéder à la levée des scellés et à l'inventaire, ainsi qu'à la possession des effets

(1) Arrêt du 19 juin 1878 de la chambre civile (Sirey, 1878, 1, 448).

de la succession. Il a été jugé que le droit du consul de prendre des mesures conservatoires ne portait pas atteinte au droit de la mère survivante et tutrice. Les scellés avaient été apposés conjointement par le juge de paix et par le consul général d'Autriche, et la cour d'Alger avait ordonné qu'il serait procédé à la levée des scellés et à l'inventaire en présence du consul général et du vice-consul. La cour de cassation en conclut que l'arrêt attaqué avait pourvu à tout ce qu'exigeaient le droit et l'intérêt des parties. Il faut encore noter que, dans l'espèce, il était intervenu un tuteur datif; c'était le vice-consul autrichien à Oran; on ne dit pas par qui il avait été nommé tuteur (1).

Je mentionne ces décisions pour que l'on puisse apprécier la portée des conventions consulaires concernant les droits et intérêts des mineurs. A mon avis, les consuls ne doivent avoir que le droit de prendre des mesures de conservation, apposition de scellés et inventaire, non pas un droit exclusif, comme le soutenait le consul d'Autriche-Hongrie à Alger : les actes conservatoires par leur nature sont permis à tous ceux qui ont des droits à conserver, sauf aux tribunaux à décider si les droits réclamés sont fondés. Il me paraît dangereux de donner aux consuls le droit de nommer un tuteur ; ce n'est pas là une mission administrative, elle appartient à la juridiction, soit contentieuse, soit volontaire, aux tribunaux ou aux conseils de famille, et les conseils de famille agissent sous le contrôle des magistrats; or; l'intervention des tribunaux est la vraie garantie des droits privés et la meilleure protection des incapables. Je préfère l'intervention de la justice à celle des agents diplomatiques; les magistrats sont les organes du droit et ils le sauvegardent, abstraction faite des nationalités, tandis que la diplomatie a toujours été et est encore l'organe des intérêts des divers Etats, et l'intérêt des Etats est trop souvent le contraire du droit et de la justice : il est à craindre que les agents extérieurs, quand ils sont appelés à intervenir dans les affaires pri-

(1) Rejet de la chambre civile, 13 janvier 1873 (Sirey, 1873, 1, 13).

vées de leurs nationaux, ne se décident également que par des considérations, parfois mal entendues, d'un intérêt national, qu'ils mettent au-dessus du droit, comme ils en ont l'habitude dans les questions politiques. Il est vrai que l'on entend aussi parler de l'intérêt français et de l'intérêt anglais ou américain dans des décisions judiciaires : c'est une confusion dangereuse de deux ordres d'idées très différents et qu'il faut se garder de mêler. Quoique ce soit l'intérêt qui provoque les procès, ce n'est pas par l'intérêt que le juge les décide ; il n'a à se préoccuper, ni de l'intérêt privé, ni de l'intérêt général ; il juge au nom du droit, et le droit est ou doit être l'expression de la justice absolue. Les magistrats manquent à leur mission quand ils prennent en considération les intérêts des parties, alors même que ce serait un intérêt national : ils doivent être les organes impassibles de la loi.

N° 2. NATURE DU STATUT.

49. J'ai supposé, dans ce que je viens de dire de la nature de la tutelle, que la loi qui la régit dépend du statut personnel. La nature du statut de tutelle a été très controversée jadis, et à certains égards, elle l'est encore. Du temps des glossateurs, on discutait la question de savoir si la tutelle devait être déférée, d'après la loi du domicile du mineur ou d'après la loi du lieu où les biens sont situés. Si le tuteur avait pour unique mission de prendre soin de la personne du mineur, il n'y aurait jamais eu de doute sur la question ; mais le code Napoléon, de même que tous les codes, chargent le tuteur non seulement d'élever le mineur, mais encore de le représenter dans les actes civils et d'administrer ses biens (C. Nap., art. 450). Or, le mineur peut avoir des intérêts à défendre en pays étranger, ses biens peuvent être situés dans divers Etats. Cela arrivait fréquemment en Italie, partagée, au moyen âge, en petites républiques municipales. Le tuteur nommé dans une cité avait-il le droit de représenter son pupille en justice dans une autre cité? pouvait-il gérer ses biens situés hors du territoire, les aliéner? n'était-ce pas entre-

prendre sur la souveraineté territoriale, si chère aux républiques aussi bien qu'aux barons féodaux? On s'attendrait à voir les glossateurs se prononcer en faveur de la réalité du statut de tutelle. C'était la tendance de l'époque, et dans les pays féodaux, cela ne faisait aucun doute, toute coutume étant réelle. Mais les glossateurs avaient une tendance prononcée pour la personnalité, comme je l'ai dit dans l'Introduction historique de ces Etudes. Albéric de Rosate se prononce pour la loi du domicile du mineur, c'est-à-dire pour la loi nationale, comme nous dirions aujourd'hui, et il ajoute que le tuteur du domicile exerce son pouvoir d'administration sur les biens situés ailleurs (1).

La tendance des glossateurs est aussi celle de Bouhier, président du parlement de Bourgogne. Dans son chapitre sur la personnalité des statuts, il dit que la marque à laquelle on peut reconnaître si un statut est personnel, c'est quand il a été fait pour déterminer en général l'état ou la condition des personnes, et leur capacité ou incapacité pour disposer de leurs biens ou les administrer. Puis il ajoute : « Je commence par la puissance tutélaire qui, comme on sait, est une autorité légale accordée à celui qui est nommé tuteur, sur la personne et sur les biens du mineur, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge prescrit par les lois pour sortir de tutelle. Cette autorité ne se défère pas de la même manière partout; mais quand elle est déférée par le juge de la tutelle, suivant les formes usitées en sa justice, il n'est pas douteux qu'elle n'ait son effet dans tous les lieux où sont situés les biens des mineurs; car il est de principe que celui qui est choisi pour tuteur est censé l'être pour administrer *tout le patrimoine* du mineur, sans en rien excepter (2). »

50. Tel est aussi le principe admis par la doctrine moderne. Il résulte de la nature même de la tutelle. Ce n'est pas un droit du tuteur sur les biens; l'objet essentiel de la tutelle, comme de la puissance paternelle, est la pro-

(1) Albericus de Rosate, *Commentar. in codic. Qui dari tutores possunt*, fol. 263 verso, nos 1-2, et fol. 264, 1re colonne, n° 3.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 1-3.

tection du mineur, c'est-à-dire d'un incapable; il s'agit donc de régler l'état des enfants, et de couvrir l'incapacité qui en résulte en veillant aux intérêts de ceux qui n'y peuvent pas veiller eux-mêmes. Cela est décisif dans la doctrine des statuts telle que Bouhier la formule; et cette doctrine a été consacrée par l'article 3 du code Napoléon. Dans la théorie traditionnelle, c'est le *domicile* de l'enfant qui détermine le statut; à cet égard, il y a une innovation : le domicile a été remplacé par la nationalité, ce qui est plus logique. Il s'agit de savoir quel est le tuteur qu'il faut choisir pour assurer au mineur la protection à laquelle il a droit, et quelles sont les conditions et les formes que le tuteur devra observer pour que cette protection soit efficace. Cela dépend de l'état social, des mœurs, des idées, des sentiments de chaque nation : c'est donc au législateur national d'organiser la tutelle des enfants qui appartiennent aux familles du pays sur lequel il exerce son autorité, laquelle est aussi un pouvoir protecteur. La tradition que je viens de citer (n° 49) s'en rapporte au statut personnel du mineur; régulièrement ce statut sera aussi celui du tuteur, puisque celui-ci est pris parmi les plus proches de l'enfant. Le statut de l'enfant et celui du tuteur seront donc identiques; il se peut cependant que le tuteur et le pupille aient une nationalité différente; peu importe, c'est toujours le statut national du mineur qui détermine la tutelle. Cela résulte encore de la nature de la tutelle; tout s'y rapporte au pupille, c'est de son droit qu'il s'agit; le tuteur n'a pas de droit proprement dit, il a une charge. Il serait même le plus souvent impossible d'avoir égard au statut du tuteur, quand il y a lieu de déférer la tutelle; cela pourrait se faire quand le tuteur est désigné par la loi, et que le statut national du mineur et celui du tuteur diffèrent; il y aurait conflit, dans ce cas, entre les deux lois personnelles. Mais quand le juge ou un conseil de famille est appelé à nommer le tuteur, le conflit n'existe pas; au moment où la tutelle est déférée, on se trouve en présence d'une seule loi, celle du mineur; c'est d'après sa loi nationale que la tutelle est déférée : si elle l'est à un tuteur étranger, il va sans dire que le statut du

tuteur ne peut pas prendre la place de celui du pupille; la tutelle a été déférée en vertu de la loi nationale du mineur, et elle continuera à être régie par cette loi.

La nature de la tutelle conduit encore à une autre conséquence. Le tuteur a pour mission de prendre soin de la personne du mineur, et d'administrer ses biens ; il est impossible de scinder cette mission, car la même loi qui confie au tuteur l'éducation du pupille le charge aussi de veiller à ses intérêts pécuniaires; et ici encore, le mode de gestion diffère d'un Etat à l'autre : dans tel pays la loi crée une chambre pupillaire, ailleurs elle établit un conseil de famille, ou elle s'en rapporte aux tribunaux. Le mode de gestion, et quant aux personnes et quant aux biens, dépend de l'organisation différente de la tutelle, et doit, par conséquent, être réglé par la loi unique qui organise la protection tutélaire. Toute protection que la loi établit en faveur d'un incapable dépend donc nécessairement du statut personnel de l'incapable, sans qu'il y ait à distinguer entre la personne et les biens. Toutefois, dès que les biens sont en cause, la doctrine se divise; ceux qui procèdent de l'école réaliste sont portés à subordonner le statut personnel du mineur à la loi du lieu où ses biens sont situés. Je reviendrai sur ce dissentiment; il est considérable, puisqu'il y a des nations, les Anglais et les Américains, qui sont restées attachées au réalisme féodal. Pour le moment il s'agit du statut français, et sur celui-là il ne saurait y avoir de doute. Si l'article 3 du code civil dispose que les immeubles possédés par des étrangers en France sont régis par la loi française, ou la loi territoriale, ce même article établit un second principe en ce qui concerne l'état et la capacité; or, dans la tutelle, il s'agit principalement de l'état et de l'incapacité de mineurs qui ne peuvent diriger leur personne, ni administrer leurs biens; donc ce n'est pas à raison des immeubles qu'un mineur étranger possède en France que les lois interviennent, c'est à raison de son incapacité; le statut est par conséquent personnel, quoi qu'il réagisse sur les biens du mineur.

Tel n'est pas seulement le principe du droit français.

Il est reconnu par tous les jurisconsultes du continent de l'Europe, en Allemagne et en Italie aussi bien que dans les pays où l'on suit la législation française. Je reviendrai plus loin sur la doctrine de Savigny. Le Napolitain Rocco établit parfaitement le principe; il le fonde, comme je viens de le faire, sur la nature et l'objet de la tutelle, qui se rapporte à l'état du mineur, et tout statut qui concerne l'*état* est personnel, d'après le code de Naples, comme d'après le code français, dont le code napolitain était une imitation. Il est vrai que Rocco fait une réserve pour les immeubles, mais cette exception ne tend pas à ressusciter le réalisme féodal, elle se rapproche plutôt de la doctrine moderne, qui admet aussi que le statut personnel est tenu en échec par le statut territorial, non pas parce qu'il concerne des immeubles, mais parce que la société y est intéressée (1). La réserve que Rocco faisait, dans l'application du statut de la tutelle aux immeubles, ne se trouve plus chez Fiore; il dit qu'il est inutile de discuter si la tutelle se rapporte à la personne ou aux biens, et de limiter en conséquence le statut personnel à la personne du pupille en appliquant le statut réel aux biens; pour déterminer quelle loi régit la tutelle, il faut voir quel en est l'objet; or, elle a pour but de protéger un incapable dans toutes les relations de sa vie, donc la loi qui l'organise est un de ces statuts qui suivent la personne partout (2). Bar dit que telle est l'opinion générale et le droit commun de l'Europe (3).

51. La jurisprudence française et belge est en ce sens. Je commence par la jurisprudence française, que je ne puis accepter qu'avec des réserves.

Un Italien demeurant à Bastia y décède, laissant une enfant mineure. Une convention consulaire, en date du 24 décembre 1862, entre la France et l'Italie, donne au

(1) Rocco, *Dell' uso e autorita delle leggi delle Due Sicilie, nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri*, p. 436 et 437.

(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 242, nº 174.

(3) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 367, § 106. Bar cite un grand nombre d'autorités. Ici, il y a un malentendu. D'Argentré, Evrard sont cités à côté de Dumoulin et de Bouhier; leurs opinions diffèrent cependant grandement. Il faut se défier de ces citations en masse.

consul le droit de réunir le conseil de famille; le conseil, sous la présidence du consul, élit pour tuteur le frère germain du défunt. Un tuteur testamentaire, nommé par le père, avait renoncé à la tutelle, par le motif que le conseil de famille n'avait pas fait droit à ses demandes. Malgré cette renonciation, le tuteur testamentaire actionna le conseil de famille devant le tribunal de Bastia, et demanda que les facultés qu'on lui avait refusées fussent maintenues, et que la délibération qui avait nommé un autre tuteur fût annulée. La cour de Bastia décida que les tribunaux français étaient incompétents pour s'immiscer dans une tutelle italienne. Elle pose en principe que, d'après le droit international privé, tout ce qui tient aux tutelles dépend du statut personnel, lequel suit en tous lieux la personne et continue de la régir en pays étranger. C'est le principe, tel que je viens de l'établir. Voici ce que la cour de Bastia en induit : « Par une conséquence naturelle, toutes les questions qui se rattachent au statut personnel ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux du pays où il est en vigueur et dans lequel la personne a conservé son domicile. » La conséquence naturelle, au contraire, était celle-ci : c'est que les tribunaux français devaient décider la contestation d'après le statut national du mineur, à moins que la convention consulaire n'y eût dérogé, en enlevant la juridiction aux tribunaux français, en matière de tutelle italienne : je laisse de côté cette difficulté, en réalité elle ne se présentait pas dans l'espèce. Il s'agissait de savoir si les tribunaux français sont compétents pour juger les questions d'état. La cour de Bastia le nie formellement. J'ai examiné, dans le cours de ces Etudes, la doctrine consacrée par la jurisprudence française, et notamment par l'arrêt de la cour de Bastia (1). Je me borne à citer le considérant, plus étrange encore que la décision. « Comment admettre, dit la cour, que les tribunaux français puissent juger des questions dépendantes d'une tutelle organisée d'après les lois de l'Italie? Comment appliqueraient-ils des lois qui leur sont *proba-*

(1) Voyez le tome IV de ces Etudes, nos 48-61.

blement inconnues, et qui n'ont rien d'obligatoire en France (1)? » Ainsi les tribunaux de l'île de Corse ne connaissent pas le code italien. Pour le connaître, ils n'avaient qu'à l'ouvrir, comme je le fais. Quant à dire que les tribunaux français ne peuvent pas appliquer des lois étrangères parce qu'elles ne sont pas *obligatoires* en France, cela n'a point de sens.

52. Les cours de Belgique admettent aussi la personnalité du statut de tutelle; mais elles n'en concluent pas que les tribunaux belges sont incompétents pour connaître d'une tutelle étrangère. Un Espagnol, ancien consul d'Espagne à Anvers, épouse à Bruxelles une demoiselle belge. La femme meurt en 1860, laissant une fille mineure. Le conseil de famille, assemblé à la requête du père agissant comme tel et comme tuteur légal de son enfant, nomma subrogé tuteur l'aïeul maternel de l'enfant. Le père consentit à tout ce que fit le conseil, sous la réserve de ses droits. Deux jugements intervinrent, ordonnant la licitation des immeubles de la succession, sous les conditions ordinaires. Je laisse de côté ces détails pour y revenir plus loin. En 1864, le père assigna les membres du conseil de famille devant le tribunal de Bruxelles; il demanda qu'il fût déclaré que sa fille mineure n'était pas en tutelle, la loi espagnole n'ouvrant la tutelle qu'après le décès du survivant des père et mère. Le tribunal décida que le père avait renoncé à ses droits, puisque toutes les délibérations du conseil de famille avaient eu lieu sur son initiative. Sur l'appel, cette décision fut réformée. Ni en première instance, ni en appel, il n'a été question de l'incompétence des tribunaux belges à raison du statut personnel de l'enfant et du père étranger. Les juges appliquèrent le statut personnel, c'est-à-dire la loi d'Espagne; ils ne se déclarèrent pas incompétents par le motif qu'ils ne pouvaient pas connaître le droit espagnol, et que les lois étrangères n'étaient pas obligatoires en Belgique.

La cour constate qu'il résulte des consultations et

(1) Bastia, 8 décembre 1863 (Sirey, 1864, 2, 20).

parères respectivement produits qu'en Espagne il n'y a pas lieu à tutelle, aussi longtemps que le père vit, et que celui-ci, en cas de survie, demeure seul et exclusivement chargé de l'administration de la personne et des biens de son enfant mineur, au seul titre de la puissance paternelle. Or, le père étant Espagnol ainsi que l'enfant, il y avait lieu d'appliquer la loi d'Espagne, puisque les lois concernant l'état et la capacité suivent les personnes en quelque lieu qu'elles se trouvent. Quant à la renonciation du père à ses droits, la cour la déclara inopérante, puisque l'état des personnes est d'ordre public, et les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui concernent l'ordre public. En conséquence, la cour annula les délibérations du conseil de famille et décida que le père, au décès de sa femme, était demeuré seul et exclusivement investi, en vertu de sa puissance paternelle, du droit d'administrer la personne et les biens de l'enfant mineur. Toutefois la cour fit une réserve quant à la vente des immeubles, qu'elle déclara valable. Je reviendrai sur ce point (1). J'ajoute que la cour ne discute pas même la question de savoir si les lois de tutelle forment un statut personnel; elle se borne à appliquer, sans le citer, l'article 3 du code Napoléon. Seulement la cour semble croire que le statut est déterminé par le domicile, car elle commence par établir que le père est Espagnol, qu'il a toujours conservé son *domicile* en Espagne; que la femme, par le fait de son mariage, a suivi la condition de son mari, et n'a pas eu d'autre *domicile* que le sien, enfin que ce *domicile* est également de droit celui de l'enfant mineur. La question de savoir si le statut dépend du domicile ou de la nationalité est controversée; je renvoie à ce que j'en ai dit dans le cours de ces Etudes; dans l'espèce, elle n'avait aucun intérêt, puisque le domicile et la nationalité coïncidaient. La cour ne discute pas même ce point de droit.

53. La personnalité du statut de tutelle donne encore lieu à une autre difficulté. On admet que le tuteur a le

(1) Bruxelles, 29 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 57).

droit d'agir à l'étranger comme représentant du mineur. Peut-il agir sans que sa qualité soit reconnue par un jugement? La question ne peut pas se présenter pour la tutelle légale du survivant des père et mère, ni pour celle des ascendants, qui est également fondée sur la loi; il est vrai que les actes passés en pays étranger et les jugements qui y sont rendus ne sont pas par eux-mêmes exécutoires en France. Mais ce principe ne peut recevoir son application aux lois; celles-ci ont une existence authentique par le fait de leur publication dans le pays où elles sont portées; si la qualité de père ou d'ascendant qui confère la tutelle était contestée, ce serait un fait litigieux à prouver d'après le droit commun; en aucun cas, il n'y aurait lieu d'appliquer les principes qui régissent la force exécutoire des actes et jugements.

La tutelle testamentaire repose sur un acte, soit un testament, soit, d'après le code Napoléon (art. 398 et 392), une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaires. Ces actes doivent-ils être rendus exécutoires? La même question se présente pour la tutelle dative, qui repose également sur un acte authentique, la délibération du conseil de famille.

Merlin dit que l'on ne s'est jamais avisé de prétendre que le tuteur nommé à un mineur par le juge de son domicile ne pût agir, en pays étranger, contre les débiteurs de son pupille qu'après avoir fait déclarer le jugement de sa nomination exécutoire dans ce pays. La raison en est, dit-il, que les procurations revêtues de la forme requise par la loi du lieu où elles se passent ont leur effet partout (1). Ce qui est vrai du mandat conventionnel s'applique aussi au mandat légal, car le mandat ne change pas de nature selon qu'il est donné par la loi ou par un contrat. Le mandataire agit comme représentant du mandant, c'est donc celui-ci qui agit par l'intermédiaire du mandataire; or, on ne saurait contester à un étranger le droit d'agir personnellement, dès lors il peut

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Faillite*, sect. II, § II, art. 10 (t. XI, p. 414 de l'édition in-8° de Bruxelles).

aussi agir par un procureur; il suffit que sa volonté soit certaine; quand il s'agit d'un incapable auquel la loi donne un mandataire, le mandat se prouve par la loi qui l'autorise, et par les actes quelconques qui se font en vertu de la loi. On peut contester la validité de ces actes; la preuve se fera d'après le droit commun, mais on ne peut pas demander que la volonté du mandant soit rendue exécutoire; cela n'a point de sens; la volonté de l'homme n'a pas besoin de l'intervention de la justice pour être exécutée, elle s'exécute par cela seul qu'il veut.

Cette doctrine est aussi fondée en raison, dans son application à la tutelle. Le tuteur est nommé pour défendre et protéger le mineur, il faut donc que son autorité soit reconnue partout où le pupille a des droits ou des intérêts à soutenir, sans qu'il soit entravé par des formalités qui seraient frustratoires, puisqu'elles grèveraient la fortune du mineur, sans lui être profitables. Les tiers sont également sans intérêt à ce que la nomination du tuteur soit rendue exécutoire dans chaque pays. Sont-ils débiteurs, ils seront valablement libérés en payant entre les mains du tuteur, sauf à eux à contester l'existence de la tutelle. Sont-ils créanciers, ils peuvent agir contre le tuteur, et ce qui est jugé avec le tuteur sera jugé avec le mineur; eux aussi sont intéressés à ce que leur action ne soit pas embarrassée par des formalités inutiles. Tout ce que les tiers peuvent exiger, c'est la publicité de la tutelle; sous ce rapport, notre législation est défectueuse; elle l'est encore en ce qui concerne la connaissance des lois étrangères, si difficile à acquérir. J'ai, dans le cours de ces Etudes, appelé l'attention de la diplomatie sur ces lacunes que l'on trouve à chaque pas dans notre science.

Les publicistes se bornent à constater le principe de l'universalité de la tutelle. Nous allons entendre Vattel; il est plus cosmopolite que ne le sont nos lois : « L'empire uni au domaine établit la juridiction de la nation dans le pays qui lui appartient. C'est à elle ou à son souverain, de rendre la justice dans tous les lieux de son obéissance. Les autres nations doivent respecter ce droit.

Et comme l'administration de la justice exige nécessairement que toute sentence définitive, prononcée régulièrement, soit tenue pour juste et exécutée comme telle, dès qu'une cause dans laquelle des étrangers sont intéressés a été rendue dans les formes, le souverain de ces plaideurs ne peut écouter leurs plaintes. Entreprendre d'examiner la justice d'une sentence définitive, c'est attaquer la juridiction de celui qui l'a rendue... En conséquence de ces droits de juridiction, les dispositions faites par le juge du domicile, dans l'étendue de son pouvoir, doivent être respectées et obtenir leur effet, même à l'étranger. C'est, par exemple, au juge du domicile de nommer les tuteurs et curateurs des mineurs et des imbéciles. Le droit des gens qui veille au commun avantage et à la bonne harmonie des nations veut donc que cette nomination d'un tuteur ou d'un curateur soit valable et reconnue dans tous les pays où le pupille peut avoir des affaires (1). » Le droit des gens doit compléter son œuvre par des conventions internationales qui consacrent ces principes et qui donnent en même temps de la publicité à la tutelle. Cela ne suffit point; il faut aussi que les lois qui régissent la tutelle dans chaque pays soient connues à l'étranger. Ne serait-il pas bon de les insérer dans les conventions consulaires? Cela épargnerait bien des recherches aux parties intéressées, et cela préviendrait les doutes et les contestations.

54. Le principe de l'universalité de la tutelle est généralement admis; en ce sens, on peut dire que c'est une règle du droit des gens (2). Mais l'accord n'est pas aussi unanime qu'on le dit. Même en ce qui concerne les droits du tuteur sur la personne du pupille, il y a des dissentiments.

Les Anglo-Américains n'admettent point la personnalité des statuts, ils ne connaissent que leur *common-law*; cette doctrine étroite date de la féodalité, et elle est digne

(1 Vattel, *Droit des gens*, livre II, chap. VII, nos 84 et 85, p. 177 de l'édition in-4° de 1777.

(2) Burye, *Commentaries on colonial and foreign law*, part. II, chap. XXIII, § 5, p. 1004 et 1005.

des temps de barbarie où elle a pris naissance. Je reviendrai sur les conséquences déplorables auxquelles le réalisme féodal aboutit en matière de tutelle. Pour le moment, je parle du droit commun; tant qu'il n'est question que de droits sur la personne du mineur, les auteurs sont d'accord, mais dès qu'il s'agit des biens du mineur, le dissentiment commence. Les légistes étrangers, dit Story, distinguent entre les biens mobiliers et les immeubles. Ils maintiennent généralement, en matière de tutelle, la fiction qui répute les effets mobiliers attachés à la personne et leur assigne une situation au domicile du possesseur, de sorte que la loi du domicile est aussi celle des meubles. La fiction est arbitraire, comme je l'ai dit dans le cours de ces Etudes, et il en est de même de la distinction que l'on fait entre les meubles et les immeubles. Story dit que la plupart des auteurs appliquent à la tutelle la loi du territoire quand il s'agit de déterminer les droits que le tuteur a sur les biens du pupille situés en pays étranger. Cela n'est pas tout à fait exact; comme d'habitude, le jurisconsulte américain ne distingue pas les diverses écoles. Il cite Bourgoingne, Hert et les deux Voet, tous réalistes décidés; quoi d'étonnant qu'ils suivent, en matière de tutelle, le principe qu'ils admettent dans toute leur théorie. à savoir que les coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines? Le tuteur ne peut donc, en vertu de son statut personnel, avoir aucune autorité sur les biens qui sont situés hors du territoire. Toutefois Paul Voet avoue que l'usage est contraire; seulement, comme le juge territorial a le droit incontestable de nommer un tuteur pour les biens situés sur son territoire, le tuteur donné à la personne agira prudemment en faisant reconnaître ses pouvoirs par le juge local. C'est un conseil de prudence; cela prouve que la pratique était pour l'universalité de la tutelle. Jean Voet, l'excellent commentateur du Digeste, est plus logique; il rejette absolument le statut personnel que Bourgoingne reconnaît au moins pour les rapports purement personnels; mais Voet se heurte contre les nécessités de la pratique, il est obligé d'admettre, au nom de la courtoisie, ce qu'il repousse au nom du droit

strict (1). Voilà bien des réserves au prétendu droit commun de la réalité que Story admet. Cependant ce que Story dit a aussi sa part de vérité; les auteurs mêmes qui enseignent que le tuteur a un pouvoir universel sur le patrimoine du pupille admettent une restriction pour les immeubles, au moins quand il s'agit de les aliéner. Par contre les jurisconsultes modernes, Savigny en tête, se prononcent pour l'universalité de la tutelle. C'est là la tendance de notre science. Je reviendrai plus loin sur les détails.

§ III. *L'Emancipation.*

N° 1. QU'EST-CE QUE L'ÉMANCIPATION?

55. Le mot est latin, c'est dire que l'origine est romaine. Dans le droit romain, l'émancipation avait une importance qu'elle ne peut plus avoir en droit moderne. C'était le seul moyen de mettre fin à la puissance paternelle, laquelle durait pendant toute la vie du père de famille : j'ai cité l'exemple d'un vieux magistrat des pays de droit écrit, âgé de soixante ans, qui était encore sous la puissance de son père, et qui, à ce titre, ne pouvait pas faire un testament. D'après le code Napoléon, la majorité met fin à la puissance paternelle, et l'homme est majeur à vingt et un ans (C. Nap., art. 372 et 388). Tel est aujourd'hui le droit commun de l'Europe; le législateur allemand et le code italien ayant abandonné la tradition romaine de la majorité fixée à vingt-cinq ans, et de la puissance paternelle ne finissant qu'avec la vie du père. Ces innovations rendent l'usage de l'émancipation peu fréquent. En fixant la majorité à un âge peu avancé, le code civil a donné satisfaction aux intérêts et aux droits des enfants; avant l'âge de vingt et un ans, la plupart des mineurs sont encore sur les bancs de l'école, ou ils font leur stage industriel ou commercial; n'ayant pas de droits

(1) Voyez les témoignages dans Story, *Conflict of laws*, p. 631 et suiv., §§ 500 502 *a*. Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 369-375.

à exercer, ils n'ont pas besoin d'être émancipés. Toutefois, pour les artisans, l'émancipation conserve son utilité : ils ont besoin d'une certaine indépendance pour contracter des engagements, la loi permet de la leur donner. Le mariage émancipe également et de plein droit. Cette disposition est empruntée à nos anciennes coutumes : on ne comprend pas que celui qui est appelé à exercer la puissance maritale et la puissance paternelle soit lui-même sous puissance; quant à la femme, elle trouve un protecteur dans son mari.

56. L'émancipation ne donne pas au mineur la pleine capacité; dans l'ancien droit, le *congé d'âge*, accordé par le prince, émancipait réellement le mineur, qu'il affranchissait de toute dépendance; en lui accordant l'exercice de tous ses droits, il l'assimilait au majeur. Les auteurs du code civil n'ont pas admis le *congé d'âge;* il se comprenait à une époque où la majorité était généralement fixée à vingt-cinq ans; aujourd'hui le bénéfice de l'émancipation complète serait le plus souvent préjudiciable au mineur. Le code Napoléon ne permet de l'émanciper que pour ce qui concerne l'administration de ses biens et l'indépendance personnelle dont il doit jouir; c'est une demi-capacité, ou, comme le dit l'orateur du Tribunat (1), un état moyen entre la minorité et la majorité. En général, les hommes ne sont capables de diriger leurs affaires qu'à un certain âge, que le législateur français fixe à vingt et un ans; c'est l'époque de la capacité complète. Mais le développement des facultés intellectuelles et morales peut être plus précoce chez quelques-uns; dès lors ils ont droit à une capacité exceptionnelle. Elle est incomplète, l'homme n'est capable de tous les actes civils qu'à la majorité, jusque-là il est présumé incapable; si on l'émancipe, on ne le juge cependant pas capable de tous les actes; alors même qu'il aurait l'intelligence, il n'a pas l'expérience : voilà pourquoi le mineur émancipé n'a qu'une demi-capacité, la loi lui donne un guide et un conseil, le curateur qui doit l'assister dans les actes qu'elle détermine.

(1) Discours de Leroy, n° 14 (Locré, t. III, p. 430).

57. La curatelle diffère grandement de la tutelle. Celle-ci est un mandat universel en vertu duquel le tuteur représente le pupille dans tous les actes juridiques ; le mineur ne figure pas même dans les actes que le tuteur fait en son nom. Cela est très logique ; c'est le tuteur qui agit, au nom de son pupille; celui-ci ne peut donc pas figurer dans les actes où son représentant parle. Le mineur émancipé, au contraire, gouverne lui-même sa personne et ses biens, c'est lui qui agit, et pour tous les actes d'administration il agit seul, sa capacité est la même que celle du majeur. Le curateur l'assiste seulement, il n'administre jamais; la loi détermine les actes dans lesquels il doit intervenir.

Malgré cette différence entre la tutelle et la curatelle, il y a une grande analogie entre l'état du mineur émancipé et l'état du mineur non émancipé; l'un et l'autre sont incapables, et c'est à raison de cette incapacité que la loi leur donne un tuteur ou un curateur. Cette analogie est décisive en ce qui concerne le droit civil international. L'émancipation modifie l'état du mineur; bien qu'il reste incapable, la loi lui donne une certaine capacité. Au fond, la nature de la loi est la même; il s'agit toujours de l'état d'un incapable; et l'incapacité est parfois identique : le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (C. Nap., art. 484). Il y a une autre analogie entre le mineur émancipé et le tuteur; la loi distingue diverses catégories d'actes à raison de leur importance. Pour les actes d'administration, le mineur émancipé est assimilé au tuteur, en ce sens qu'il peut les faire seul sans aucune assistance. Il y a ensuite des actes que le tuteur et le mineur émancipé ne peuvent pas faire seuls, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille et le mineur a besoin de cette même autorisation ou de l'assistance de son curateur. Enfin, pour les actes de disposition, le mineur et le tuteur sont assimilés complètement. En définitive, le mineur émancipé est un incapable que la loi protége à raison de son incapacité, de même que le mineur non émancipé; seulement son

incapacité n'est pas aussi grande, et, par suite, la protection diffère; mais ces nuances n'empêchent pas qu'il y ait identité au fond, ce qui est décisif pour la nature du statut de l'émancipation.

Nº 2. DU STATUT DE L'ÉMANCIPATION.

58. L'analogie entre la situation légale du mineur émancipé et celle du mineur non émancipé est telle, qu'il ne saurait y avoir un doute sur la nature du statut. Aussi tous les anciens auteurs s'accordent-ils à dire que le statut est personnel. Froland met le mineur émancipé sur la même ligne que le mineur non émancipé; l'un et l'autre sont incapables, leur état, en ce sens, est identique. Il est vrai que le mineur émancipé a une certaine capacité : sous ce rapport, il se rapproche du majeur; or, la majorité est aussi un état; donc, que l'on considère le mineur comme capable ou comme incapable, dans toute hypothèse la loi régit son état; partant, le statut est personnel (1). Boullenois ne discute pas même la question, il n'y en a pas; il ne motive pas son avis, la chose va sans dire; il demande seulement quelle est la loi qui régit l'émancipation : est-ce celle du domicile de naissance du mineur ou du domicile actuel? Il se prononce pour la première opinion : « Puisque le mineur, en ce qui regarde son état, est dépendant de la loi du domicile au jour de sa naissance, c'est cette loi qui doit disposer de son émancipation légale; quant à l'émancipation qui dépend et de la loi et de la volonté du père, en conséquence de la loi, je voudrais encore que l'on consultât la loi de la naissance, parce que la majorité et la minorité dépendent de cette loi; c'est elle qui décide si le mineur est en état d'être émancipé, et il y faut recourir pour connaître si la volonté du père est conforme à la loi et si la loi n'exige pas quelques conditions et dispositions personnelles dans le fils (2). » C'est l'application du principe posé

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1597.
(2) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, t. II, p. 48.

par Froland : identité de situation entre le mineur émancipé et le mineur sous puissance.

Bouhier commence par constater que les lois ne sont pas uniformes en ce qui concerne l'émancipation. « Il y a des lieux, dit-il, où l'émancipation, sous le nom de bénéfice d'âge, ne s'obtient point sans lettres du prince, et d'autres où elles ne sont point nécessaires; dans quelques-unes, l'émancipation s'accorde plus tôt, dans d'autres plus tard ; il s'en trouve qui permettent aux mineurs l'aliénation de leurs fonds, et d'autres qui ne leur donnent que le droit de disposer de leurs revenus et de leurs meubles. Ces différents statuts, continue Bouhier, ayant été faits pour déterminer la capacité des mineurs émancipés, cela fixe leur qualité de personnels, dont la nature est d'étendre leurs dispositions sur tous les biens des mineurs sans exception. » Le président applique le même principe à l'émancipation légale qui se fait par le mariage. Telle était la coutume de Paris qui portait (art. 239) que les gens mariés sont réputés usants de leurs droits, pour avoir l'administration de leurs biens; car ces coutumes ont le même effet que le congé d'âge et donnent au mineur la même capacité. L'objet de l'émancipation étant le même, malgré des différences de détail, il s'ensuit que la nature du statut est identique. Bien entendu que si l'émancipation est restreinte à certains actes, comme le fait la coutume de Paris, d'après laquelle le mineur émancipé ne peut vendre ni engager ses biens immeubles, ces restrictions doivent s'étendre dans toutes les autres coutumes où les mineurs ont des biens, encore qu'elles ne renferment pas les mêmes limitations. La raison en est que l'incapacité résultant de l'état dépend du statut personnel, aussi bien que la capacité, et ce statut suit la personne partout, malgré la diversité des lois; c'est précisément à raison de cette diversité que le statut personnel a été admis par la doctrine et par les arrêts (1).

59. Il faut se défier de l'apparente unanimité des

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 6-9 (Œuvres, t. Ier, p. 669).

anciens statutaires en matière de statuts personnels; tant qu'ils parlent en termes généraux, ils sont d'accord; mais dès qu'il est question de biens, le dissentiment commence. Je viens de dire qu'il y avait une grande diversité d'opinion pour le statut de tutelle (n° 49); le principe, quant aux mineurs émancipés, étant identique (n° 58), les légistes, qui faisaient des restrictions en ce qui concerne l'universalité de la tutelle, devaient en faire aussi pour le statut de l'émancipation. Froland applique cette restriction aux profits que le père conserve sur les biens du mineur émancipé. A cet égard, dit-il, il faut suivre la coutume où les biens sont situés; en sorte que le père, après l'émancipation, ne laissera pas d'avoir, *pro præmio emancipationis,* suivant la constitution de Justinien, l'usufruit de la moitié des biens de son fils émancipé situés dans les pays de droit écrit; et, au contraire, il ne pourra plus rien prétendre, soit en propriété, soit en usufruit, sur les biens situés dans les coutumes qui n'admettent pas ce droit d'usufruit (1).

Bouhier n'examine pas cette question spéciale; il se prononce, en termes généraux, pour l'universalité du statut d'émancipation, même en ce qui concerne les biens. Comme son objet, dit-il, est d'affranchir l'enfant de la puissance paternelle, pour tout ce qui concerne les effets civils, elle ne saurait se diviser; en sorte qu'elle a lieu pour tous les biens qui appartiennent à l'enfant, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Claude Ferrière en donnait une raison péremptoire. Si celui qui est émancipé n'avait pas l'entière jouissance de ses biens, il s'ensuivrait qu'il serait en la puissance de son père et en même temps qu'il n'y serait point; ces contrariétés ne peuvent pas se souffrir dans l'état des personnes (2).

60. Les formes dans lesquelles l'émancipation peut ou doit se faire, donnaient lieu, dans l'ancien droit, à un nouveau dissentiment. Faut-il s'en tenir au statut personnel, parce qu'il s'agit d'une question d'état, ou doit-on

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 837.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Paris*, chap, XXIV, n°s 88 et 89.

appliquer le droit commun d'après lequel les formes sont régies par la loi du lieu où l'acte se passe? La solution dépend de la nature des formes et de l'intention du législateur. Dans l'ancien droit, les formes variaient ; les statutaires ne se demandaient pas même quelle était la raison de ces différences. Froland se prononce pour le statut personnel, c'est-à-dire pour une seule et même loi ; cela sauvegardait l'unité de l'état, malgré la diversité des coutumes locales, qui exigeaient dans telle province que l'émancipation se fît en justice, tandis qu'ailleurs elles se contentaient d'un acte notarié; si l'émancipation n'était valable que si elle se faisait en justice, elle ne vaudrait pas si elle était faite par acte notarié; le fils émancipé serait donc tout ensemble affranchi de la puissance et soumis à la puissance (1).

On pouvait arriver à l'unité par une autre voie en appliquant la règle *Locus regit actum*. Mais ici il y avait doute : la solennité n'est-elle pas de l'essence de l'émancipation? et n'en faut-il pas conclure que l'adage traditionnel est inapplicable? Boullenois estime qu'il suffit de remplir les formalités du lieu où se fait l'émancipation. « J'irais même jusqu'à dire, ajoute-t-il, que quand la loi de la naissance (c'est-à-dire le statut personnel) exigerait une certaine forme particulière, le père n'y serait astreint qu'autant que l'émancipation se ferait dans ce lieu; mais que d'ailleurs il pourrait partout faire cette émancipation et observer une autre forme, pourvu que l'acte fût revêtu de formalités authentiques. » Il paraît raisonnable, dit Catelan (2), que, dans le radoucissement qu'a reçu parmi nous la puissance paternelle et dans des temps et des lieux où les mœurs sont moins façonnières, un père puisse renoncer à sa puissance paternelle devant un notaire et des témoins, et en la manière que, suivant le droit commun, on peut renoncer à tous les droits (3).

Bouhier abonde dans ces sentiments, bien que, dans

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 831.
(2) Catelan, *Arrêts de Toulouse*, livre IV, chap. 52.
(3) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 49.

les pays de droit écrit, les solennités eussent un tout autre caractère que celui des formes ordinaires. Il cite un acte passé en 1716. Le fils était notaire, le père marchand. Il est dit dans l'acte « que le fils a remontré qu'étant marié et majeur, il supplie son père de l'émanciper : à quoi ce dernier consentant a déclaré qu'il émancipait sondit fils et le mettait hors de sa puissance; auquel effet le fils s'est mis à genoux, joignant les mains, lesquelles son père a disjointes et icelui relevé; dont acte leur fut donné et procès-verbal dressé. » On le voit, l'acte dressé en justice était un procès-verbal, la vraie émancipation consistait dans une solennité, et, en fait de solennités, il n'y a pas d'équipollents. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la doctrine se relâchait de son ancienne rigueur; Bouhier enseigne comme Catalan que l'émancipation peut se faire par acte notarié, ce qui la fait rentrer dans le droit commun (1).

61. Je me suis arrêté sur le droit ancien, parce que, dans le droit moderne, il n'y a ni jurisprudence ni doctrine. D'arrêts, je n'en connais point, et c'est à peine si les auteurs disent un mot de l'émancipation. Cela prouve d'abord que l'émancipation, sauf par mariage, est un fait assez rare; et la nature du statut qui la régit n'est pas douteuse. Il suffit de lire l'article 3 du code Napoléon pour se convaincre que le statut est personnel. C'est une loi qui « concerne l'état et la capacité de la personne »; donc « elle régit le Français même résidant à l'étranger », et, partant, la loi nationale de l'étranger le régit en France. Le texte décide donc la question. L'émancipation modifie l'état du mineur, elle lui donne une certaine capacité, mais il reste incapable quant aux actes les plus importants de la vie civile et assimilé au mineur non émancipé; il est tout ensemble capable et incapable, et, à raison de son incapacité, la loi organise une protection en sa faveur. Quelles que soient les différences qui existent entre la curatelle et la tutelle, toujours est-il que le

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 86 (Œuvres, t. Ier, p. 777), et chap. XVI, nos 40 et 41.

curateur assiste le mineur émancipé, pour couvrir son incapacité, puis le conseil de famille intervient pour autoriser le mineur à faire les actes de disposition, et le tribunal est appelé à homologuer ses délibérations. Voilà un ensemble de garanties que le législateur a jugées nécéssaires pour sauvegarder les intérêts du mineur émancipé. Ces dispositions, par leur nature, suivent l'incapable en pays étranger et pour les biens situés en pays étranger. Sur ce dernier point il y avait quelque doute, pour mieux dire, il y avait une différence entre la doctrine des réalistes, toujours attachés au principe que les lois relatives aux biens immeubles sont réelles, et la doctrine qui maintient la personnalité même quant aux immeubles, quand les dispositions sur les biens ne sont qu'une dépendance de la loi qui déclare une personne incapable. Les réalistes disaient qu'il faut appliquer la loi territoriale comme souveraine du territoire; nous disons que la souveraineté est hors de cause, puisqu'il s'agit d'intérêts privés, et l'on ne peut pas même dire que le législateur ait eu en vue les biens, son but est uniquement de protéger un incapable, donc le statut des biens est l'accessoire de celui qui régit la personne.

Il y a une émancipation légale ou tacite qui n'a point pour objet direct la capacité du mineur, ni la protection que la loi veut lui assurer, c'est celle qui est une conséquence du mariage; peu importe que l'émancipation soit, dans ce cas, accordée au mineur à raison du mariage qu'il contracte; les effets sont toujours les mêmes, et la nature de l'émancipation est identique; il y a, dans ce cas, une nouvelle raison pour déclarer le statut personnel, c'est que le mariage est une loi essentiellement personnelle, ainsi que les effets que la loi y attache. C'est donc le statut national de l'époux mineur qui décidera s'il est ou non émancipé quand il se marie. Est-il régi par la loi romaine, il restera sous puissance de son père malgré son mariage; d'après le code civil, au contraire, il sera émancipé quand même il se marierait dans un pays de droit écrit (1).

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 157.

62. L'application du principe donne lieu à des questions sur lesquelles il y a quelque doute. Un mineur français pourrait-il être émancipé dans un pays qui n'admet pas l'émancipation? Telle est la loi anglaise; on ne peut pas dire qu'elle prohibe l'émancipation, elle l'ignore (1). Je ne sais ce que les réalistes anglais décideraient; je pense bien qu'ils ne reconnaîtraient aucun effet à l'émancipation que ferait le père, à raison des inconvénients qui en résulteraient pour les tiers qui contracteraient avec le mineur émancipé. Quant au mariage contracté en Angleterre, il est certain qu'il n'émanciperait pas, puisque la loi anglaise refuse d'admettre les effets qu'une loi étrangère attache au mariage. Mais il est certain également que l'émancipation, soit expresse, soit tacite, serait reconnue en France; l'article 3 du code Napoléon ne laisse aucun doute sur ce point. Il n'y aurait de difficulté que pour la forme. Le code Napoléon exige une déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier (art. 477) : en Angleterre, les juges de paix, magistrature toute différente de l'institution française, refuseraient probablement de recevoir la déclaration du père. De là la question de savoir si ces formes sont solennelles. Déjà, dans l'ancien droit, on s'était écarté du formalisme d'après lequel, en droit strict, on aurait dû réputer inexistante une émancipation qui ne serait pas faite avec les solennités voulues par la loi. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans notre droit moderne, qui a rejeté tout formalisme. Le législateur français permet au père d'émanciper son enfant par une déclaration de volonté; il lui permet encore de faire cette déclaration en pays étranger; et il ne peut certes pas vouloir que le père Français observe à l'étranger des formes qui n'y sont pas reçues; il doit, par conséquent, se contenter d'une manifestation de volonté dans la forme authentique : il faut l'authenticité, puisque le code Napoléon fait intervenir un magistrat. A l'appui de cette opinion on peut citer la jurisprudence française concernant les mariages contractés aux Etats-Unis; bien que le code

(1) Phillimore, *Private international law*, p. 385, n° 531.

Napoléon dise (art. 170) que le mariage contracté en pays étranger doit être *célébré* dans les *formes* usitées dans le pays, les tribunaux décident que le mariage est valable, quand il a eu lieu aux Etats-Unis, par le seul consentement des parties. A plus forte raison, doit-on admettre cette doctrine pour l'émancipation, acte bien moins important que le mariage et pour la validité duquel la loi se contente d'une simple déclaration. Quant à l'émancipation qui se fait par le mariage, il faut décider, sans hésiter, qu'elle aurait lieu en Angleterre et aux Etats-Unis, bien que la *common-law* ignore l'émancipation : en effet, le mariage des Français en pays étranger produit toutes les conséquences que la loi française y attache. Ceci conduit à une singularité qui paraîtra absurde. Aux Etats-Unis, des enfants de douze et de quatorze ans peuvent se marier sans le consentement des parents; si des Français se mariaient ainsi, les cours américaines valideraient certainement le mariage, puisqu'elles valident même le mariage contracté en France sans le consentement des père et mère. Ce mariage émanciperait-il? En France, le mariage serait déclaré nul, mais si la nullité n'était pas demandée, le mariage produirait tous ses effets, partant, il émanciperait les époux mineurs, et il en résulterait que des incapables se seraient émancipés eux-mêmes. On répond que c'est la loi qui, dans ce cas, émancipe, en supposant, sans doute, le consentement des parents et la validité du mariage, et le mariage est valable tant qu'il n'a pas été annulé par le juge.

63. Des étrangers pourraient-ils émanciper en France? Il faut d'abord supposer que leur statut national permette l'émancipation. Un Anglais ne pourrait pas émanciper en France; l'émancipation ne serait pas reconnue en Angleterre, pas même l'émancipation tacite par le mariage des mineurs, puisqu'on n'y admet d'autres effets du mariage que ceux que la *common-law* établit : et si le juge de paix y procédait en France, elle y serait aussi nulle, puisque l'état des étrangers est régi par leur loi personnelle; donc les époux mineurs ne seraient pas émancipés, le mariage étant régi, quant à ses effets, par la loi per-

sonnelle des époux. En France, on invoquerait peut-être l'intérêt français, les Français qui traitent avec des époux étrangers devant les croire émancipés par le mariage, et il est probable que l'intérêt français prévaudrait devant les tribunaux sur le droit (1). Inutile d'ajouter que tel n'est pas mon avis : le droit, c'est la justice, et la justice n'écoute pas l'intérêt.

Dans quelle forme l'émancipation se fera-t-elle en France si un père étranger veut émanciper son fils? Doit-elle se faire dans la forme prescrite par le code Napoléon (art. 477)? La solution dépend du sens que l'on attache à la règle *Locus regit actum*. Est-ce que la règle est facultative ou est-elle obligatoire? Dans mon opinion, elle est obligatoire (2); l'émancipation devra donc se faire par une déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Naît alors la question de savoir si le juge de paix est tenu de prêter son ministère à l'étranger. Je n'y vois aucun doute; dans l'espèce, le juge de paix remplit une fonction qui, en général, est attribuée aux notaires; c'est l'exercice de la juridiction gracieuse, et cette juridiction doit être accessible aux étrangers, sinon la règle *Locus regit actum*, introduite dans l'intérêt des étrangers, ne pourrait recevoir d'application: or, la règle appartient au droit des gens, donc le droit des gens doit aussi en assurer l'application. Cependant un auteur français qui s'est occupé spécialement de ces questions enseigne que le juge de paix peut recevoir la déclaration du père étranger, mais qu'il n'y est pas tenu (3). C'est étendre à la juridiction volontaire le principe qui est consacré par la jurisprudence française, en ce qui concerne la juridiction contentieuse; les tribunaux ne sont institués que pour rendre la justice aux Français, mais ils peuvent consentir à juger les contestations que les étrangers portent devant eux. J'ai combattu cette doctrine dans son principe, et je puis encore moins l'accepter dans l'extension qu'on veut

(1) Voyez, sur la doctrine de l'intérêt français, le t. II de ces Etudes, p. 82, nos 48-51.
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, no 245-249.
(3) Gand, *Code des étrangers*, p. 321 et 344.

lui donner. C'est improprement que l'on qualifie de *juridiction* l'intervention des officiers publics institués pour donner l'authenticité aux actes ou pour recevoir des actes concernant l'état des particuliers ; c'est plutôt une protection que la loi accorde aux personnes, or, les étrangers jouissent, dans notre droit des gens, de la même protection que les nationaux quant à leurs personnes et quant à leurs biens ; la Constitution belge en a même fait l'objet d'une disposition expresse (art. 125). Cela est décisif.

Il y a une objection ou une fin de non-recevoir contre la doctrine que je viens d'exposer. On peut dire que l'émancipation est un droit civil que les étrangers ne peuvent pas exercer, sauf en cas de réciprocité stipulée par des traités, ou quand les étrangers ont établi leur domicile en France avec autorisation du gouvernement (C. Nap., art. 11 et 13). La question de savoir si un droit est civil, dans le sens du code Napoléon, est à peu près insoluble, puisque la théorie est fausse. Toutefois on peut raisonner par analogie. Le mariage est un droit naturel, donc les étrangers, en se mariant, sont émancipés lorsque tel est leur statut personnel ; si l'émancipation a lieu de plein droit, en vertu de la loi, par le mariage, pourquoi le père ne pourrait-il pas émanciper par sa volonté expresse ? C'est, en définitive, sa volonté qui émancipe, puisque le mariage se fait par son consentement. D'ailleurs la puissance paternelle est aussi de droit naturel, de l'aveu de tous ; donc l'affranchissement de cette puissance appartient au droit des gens plutôt qu'au droit civil. Et il faut en dire autant, par analogie, de la tutelle ; la puissance tutélaire et la puissance paternelle ne sont plus qu'une protection accordée à des incapables ; il serait contre la nature de maintenir la protection, alors que les incapables n'ont plus besoin d'être protégés.

64. Le code des Pays-Bas a rétabli l'émancipation, sous la forme de *congé d'âge,* qui existait dans l'ancien droit. C'est une déclaration de majorité accordée par la haute cour et approuvée par le roi. La déclaration ne peut avoir lieu que lorsque le mineur a atteint l'âge de vingt ans : d'après le code néerlandais, la majorité est fixée à

vingt-trois ans. Le congé d'âge assimile, en général, le mineur émancipé au majeur, sauf quelques restrictions : le mineur émancipé ne peut se marier sans le consentement de ses ascendants; et la cour, en l'émancipant, peut lui défendre de faire des actes de disposition (art. 474, 478 et 479).

Le congé d'âge peut-il être donné à un étranger par la haute cour avec approbation du roi? Nous avons déjà rencontré une question analogue pour la légitimation par rescrit du prince (1). Ce sont des lois exceptionnelles qui dépendent du droit public : en France, il ne peut plus être question d'une légitimation, ni d'une émancipation par lettres du prince, et notre droit constitutionnel ne l'admet pas non plus. Cela suffit pour décider la question négativement. Un prince étranger ne peut pas déroger à nos lois, ni en dispenser. Or, le code civil ne permet l'émancipation qu'au père, donc un enfant ne saurait être émancipé sans son consentement. Cela est décisif.

Autre est la question de savoir si un Néerlandais domicilié en France peut être émancipé par lettres du roi des Pays-Bas? Si le statut dépendait du domicile, il faudrait décider la question négativement. Dans le système qui rattache le statut à la nationalité, l'affirmative n'est point douteuse. Reste à déterminer les effets de l'émancipation dans les pays étrangers : vaudrait-elle en France, en Belgique, où l'on ne connaît pas le congé d'âge? Oui, dans mon opinion; elle forme un statut personnel qui suit la personne à l'étranger. Peu importe que le congé d'âge y soit inconnu; il suffit qu'il ne soit pas contraire au droit de la société où on l'invoque : or, le congé d'âge, quoique accordé par le roi, est d'intérêt privé; c'est l'intervention du prince qui est de droit public; mais, une fois que l'émancipation est accordée, ce n'est plus qu'une question d'état, et l'état dépend du statut personnel.

(1) Voyez le t. V de ces Etudes, nos 294-296.

§ IV. *L'interdiction et le conseil judiciaire.*

N° 1. L'ALIÉNATION MENTALE, LA FAIBLESSE D'ESPRIT ET LA PRODIGALITÉ.

I. *Les aliénés.*

65. L'objet de l'interdiction est d'interdire à l'homme qui est en état de démence habituelle l'exercice de ses droits, et de le placer, par conséquent, au nombre des incapables en l'assimilant au mineur. C'est ce que dit le code Napoléon, article 509 : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens. » Et l'article 1124 dit que les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Les interdits sont frappés d'incapacité juridique; de même que les mineurs, ils sont représentés par leur tuteur dans tous les actes civils. Leur incapacité est même plus absolue que celle du mineur. Celui-ci ne peut pas attaquer les actes qu'il fait, par cela seul qu'il les a passés en état de minorité, il doit prouver qu'il est lésé; tandis que tous actes que les interdits passent postérieurement au jugement qui a prononcé leur interdiction sont nuls de droit, ce qui veut dire que le juge doit les annuler dès qu'il est prouvé qu'ils ont été faits par une personne interdite.

Pourquoi la loi permet-elle de priver de l'exercice de ses droits l'homme majeur qui jouit de la plénitude de ses droits? Elle le fait avant tout dans l'intérêt même de celui qui est interdit. La condition de la personne dont les facultés intellectuelles sont altérées est pire que celle des mineurs : ceux-ci n'ont pas encore l'usage complet de leur raison, mais leur intelligence se développe incessamment, leur incapacité n'est jamais absolue, et elle diminue chaque jour jusqu'à ce que l'âge arrive où ils ont acquis la plénitude de leurs facultés intellectuelles et morales; tandis que les personnes qui sont frappées d'aliénation mentale recouvrent rarement l'usage de la raison qu'ils ont perdue, et tant qu'ils n'ont plus leur raison, leur incapacité est absolue : la loi, dit l'exposé des motifs, leur

doit au moins la protection et les soins qu'elle donne aux mineurs (1).

66. Mais l'interdiction, telle que le code Napoléon l'organise, ne donne pas à l'aliéné la protection à laquelle il a droit. Les auteurs du code n'ont songé qu'aux intérêts pécuniaires, et ces intérêts mêmes ils ne les sauvegardent pas pleinement. Quand le législateur intervient pour protéger des incapables, c'est avant tout la personne qu'il entend et qu'il doit protéger : est-ce un mineur, sa grande sollicitude est de lui assurer l'instruction et l'éducation à laquelle il a droit : est-ce un aliéné, il doit veiller à sa guérison, en l'isolant, sans que sa séquestration compromette le plus grand bien de l'homme, sa liberté. Or, le code Napoléon ne parle pas même de la séquestration de l'aliéné : légalement elle n'était possible qu'en vertu d'un jugement rendu à la suite d'une longue procédure. Les formes judiciaires, l'interrogatoire, le procès où sa liberté et ses droits étaient engagés, irritaient l'aliéné et l'exaspéraient, de sorte que la protection dont la loi l'entourait aggravait son mal et rendait souvent la guérison impossible. D'un autre côté, les intérêts pécuniaires de l'aliéné, qui préoccupaient seuls le législateur, étaient mal assurés. On ne peut permettre de priver un homme de l'entier exercice de ses droits que lorsqu'il se trouve dans un état habituel de folie : c'était le système du code Napoléon. Que devenaient les aliénés dont la démence n'était pas habituelle? On ne pouvait les interdire et on ne pouvait les séquestrer sans jugement. De fait, on n'observait pas la loi. La plupart des aliénés sont pauvres et n'ont pas d'intérêts pécuniaires à sauvegarder; on les séquestrait, soit dans une prison, en les confondant avec les criminels, soit dans des maisons de santé ou des hospices, sans aucune garantie pour leur liberté, et le plus souvent sans aucun souci de leur guérison. L'humanité qui caractérise nos sociétés modernes s'émut de ces profondes misères, et la science réclama contre l'incurie du législateur. En France, une loi du 30 juin 1838 a autorisé la collocation des

(1) Emmery, *Exposé des motifs*, n° 3 Locré, t. III, p. 471).

aliénés dans une maison de santé, sans que l'on doive recourir à l'interdiction. En Belgique, il y a une loi analogue du 18 juin 1850. Ces lois nouvelles rendent l'interdiction à peu près inutile. Elles garantissent, mieux que ne le faisait le code civil, tous les intérêts des aliénés.

D'abord toute aliénation mentale permet de séquestrer l'aliéné, qu'elle soit habituelle ou non. Dans le système du code Napoléon, la guérison de la folie était légalement impossible quand elle ne formait pas un état habituel. En effet, les médecins aliénistes s'accordent à dire que le seul moyen de guérir les aliénés est de les isoler en les séquestrant; or, la séquestration ne pouvait se faire quand l'état de folie n'était pas habituel. Les aliénés mêmes qui, à raison de leur folie habituelle, pouvaient être interdits, ne l'étaient qu'après une longue procédure. La justice procède avec une sage lenteur, surtout quand il s'agit de priver une personne capable de sa capacité et de sa liberté. Or, pendant la longue instance en interdiction, l'aliéné ne pouvait être séquestré, ce qui compromettait sa guérison. Les intérêts pécuniaires de l'aliéné étaient garantis par le code civil, dans le cas où la folie était habituelle. Mais la loi ne s'occupait pas de ceux dont l'aliénation n'était pas habituelle; ils restaient sous l'empire du droit commun; et le droit commun ne permettait aucune mesure de prévoyance qui empêchât l'aliéné de se nuire à lui et aux siens par les actes qu'il passait dans un accès de folie. Enfin, pour la grande majorité des aliénés, l'interdiction était inutile, puisque la folie comme le crime se recrutent dans la misère. A quoi bon les longues procédures de la justice pour empêcher l'aliéné de se ruiner quand il ne possède rien? Il suffit, dans ce cas, de prescrire des garanties pour sa liberté. C'est ce que font les lois nouvelles portées en France et en Belgique. La collocation dans une maison de santé ou dans un hospice sauvegardant tous les intérêts des aliénés, leur interdiction est inutile, sauf en ce qui concerne l'incapacité qui frappe les interdits (1). Je reviendrai sur l'incapacité

(1) Voyez, sur la collocation des aliénés non interdits, mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 475, chap. III.

des interdits et des aliénés colloqués, en traitant des obligations.

67. L'interdit est mis sous tutelle (C. Nap., art. 505); aux termes de l'article 509 du code Napoléon, les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. Par application de ce principe, la loi donne à l'interdit le domicile de son tuteur, de même que le mineur a son domicile légal chez celui qui gère la tutelle(art. 108). Ce principe a une conséquence très importante dans le droit international privé, quand on admet que le statut personnel dépend du domicile. En droit français, on décide généralement que le statut personnel est déterminé par la nationalité. Dans ce système, le domicile devient indifférent. C'est l'assimilation légale de l'interdit et du mineur qui joue le grand rôle dans notre science. Il faut donc nous y arrêter un instant. Elle n'est pas aussi absolue que le code Napoléon semble le dire. D'abord, quant à la personne de l'interdit, il va sans dire que les soins que le tuteur lui doit sont tout autres que ceux que le tuteur doit à son pupille. Celui-ci doit être élevé; l'autre est confié à un médecin pour obtenir sa guérison quand elle est possible. Le code civil dit (art. 510) que, selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé ou dans un hospice. Les lois nouvelles permettent aussi la séquestration dans le sein de la famille; en fait, c'est un mauvais système, parce qu'il est difficile que le malade obtienne dans la famille les soins et qu'il y soit traité avec l'intelligence et parfois la sévérité nécessaires pour sa sûreté et pour sa guérison. Quant à l'administration des biens de l'interdit, l'assimilation entre le mineur et l'aliéné est complète, en droit, c'est-à-dire pour les actes que le tuteur peut faire seul, et pour ceux qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et, s'il y a lieu, avec l'homologation du tribunal. Il y a cependant une différence, en ce qui concerne la durée de la gestion tutélaire : aux termes de l'article 510, nul, à l'exception des époux, des ascendants et des descendants, ne sera

tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. La minorité a un terme certain marqué par la loi; l'interdiction n'en a d'autre que la durée de la maladie, laquelle très souvent ne finit qu'avec la vie de l'aliéné.

Les aliénés colloqués dans un hospice ou dans une maison de santé, sans être interdits, ne sont pas mis sous tutelle; la loi permet de leur donner un administrateur provisoire, lequel est nommé par le tribunal (1). C'est une différence, qui paraît assez considérable, entre l'interdiction et la collocation. La loi ne dit pas que l'administrateur provisoire représente l'aliéné dans tous les actes civils, comme elle le dit du tuteur d'un interdit; et elle ne place pas l'aliéné colloqué au nombre des incapables. Légalement il serait donc capable et on ne lui nommerait un administrateur qu'à raison de sa séquestration, qui l'empêche de veiller à ses intérêts. Mais le système légal est une véritable fiction. En effet, l'administrateur provisoire a le droit de faire les actes d'administration, et une loi récente (2) a encore étendu ses pouvoirs au delà de cette limite. S'il a le droit d'administrer, il représente par cela même l'aliéné dans les actes qu'il fait. Et s'il le représente dans les actes qu'il a le pouvoir de faire, pourquoi ne le représenterait-il pas dans les actes que le tribunal l'autorise à faire? Il est toujours mandataire, soit légal, soit judiciaire, et l'essence du mandat consiste à représenter le mandant. Or, si l'administrateur représente l'aliéné, il est impossible que celui-ci conserve sa capacité légale, et, en réalité, il est incapable, à raison de la maladie mentale qui le frappe. Il y a très peu d'aliénés qui soient interdits, presque tous sont colloqués, quand même leur folie serait habituelle; or, il est d'évidence que leur incapacité mentale est la même, qu'ils soient interdits ou simplement colloqués. Il en résulte qu'il y a une certaine désharmonie dans notre législation. On n'a pas voulu que la séquestration d'un aliéné non interdit équivalût à l'interdiction, parce qu'il semblait dangereux d'admettre une interdic-

(1) Loi belge du 28 juin 1850, art. 29.
(2) Loi du 28 décembre 1873.

tion administrative. Le danger n'existe réellement pas. Il est vrai que l'aliéné est colloqué sans jugement, mais la loi prescrit les mesures les plus minutieuses pour que la liberté de l'aliéné soit garantie, et elle l'est tout autant que s'il était interdit. Quant à son incapacité, elle résulte de sa maladie, et qui est compétent pour la constater? Les médecins le sont certainement plus que les tribunaux.

Il y a des analogies entre la tutelle et l'administration provisoire, et il y a des différences. L'administrateur tient lieu de tuteur; on le nomme provisoire, parce que l'on suppose que la situation de l'aliéné dont il gère les intérêts est provisoire; c'est un malade qui est placé dans une maison de santé, parce qu'on espère sa guérison. Cet espoir, trop souvent, ne se réalise pas plus pour les aliénés colloqués que pour les interdits; dans ce cas l'administration provisoire, bien que légalement elle ne dure que trois ans, continue, et devient de fait permanente, comme la tutelle. La loi elle-même assimile l'administration provisoire à la tutelle en ce qui concerne les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, de même que pour le compte que l'administrateur doit rendre; elle frappe ses biens d'une hypothèque légale, au profit de l'aliéné. Mais les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont moins étendus; ainsi, il ne peut passer que des baux de trois ans, tandis que le tuteur peut faire des baux de neuf ans. Le législateur espère toujours la guérison prochaine de l'aliéné colloqué; mais il est en contradiction avec lui-même, car il a été dit, lors des travaux préparatoires de la loi française, que la collocation rendrait l'interdiction inutile; et il en est ainsi de fait; la plupart des aliénés ne sont pas interdits; de sorte que ceux dont la maladie est permanente et incurable se trouvent confondus avec ceux dont la maladie n'est que temporaire, et cependant la loi les considère tous comme n'étant que provisoirement séquestrés; de là la limitation des pouvoirs de l'administrateur. J'ai dit que le législateur a déjà été obligé de les étendre; l'assimilation entre l'administration provisoire et la tutelle finira par être complète, sans qu'il

en résulte aucun danger ni aucun préjudice pour l'aliéné. Pourquoi l'administrateur ne peut-il faire que des baux de trois ans? Si l'on nomme à un mineur âgé de dix-huit ans un tuteur, la tutelle ne durera que trois ans, et néanmoins le tuteur pourra faire un bail de neuf ans; l'intérêt du mineur même l'exige; trouvera-t-on un bon fermier, si son bail ne dure que trois ans? Il en est de même de l'aliéné colloqué.

En définitive, l'administration provisoire et la tutelle sont identiques, quant au principe; c'est une protection que la loi assure à des incapables, dont l'incapacité a la même cause; la durée de la maladie et les chances de guérison ne changent pas la nature de la protection. Peu importe que l'administrateur soit nommé par le tribunal et le tuteur par le conseil de famille, cela ne modifie pas le principe de la protection légale. Cette protection varie nécessairement d'un pays à l'autre. Ici le tuteur est nommé par un conseil de famille, ailleurs on ne connaît pas les conseils de parents; c'est le tribunal ou un collége pupillaire qui en tient lieu. Ces différences n'entraînent aucune conséquence quant à la nature de la protection que la loi accorde aux incapables.

68. Il y a aussi un administrateur provisoire en matière d'interdiction. L'article 497 du code Napoléon porte: « Après le premier interrogatoire (de l'aliéné dont on demande l'interdiction), le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour *prendre soin de la personne et des biens* du défendeur. On cite comme exemple : si l'interrogatoire prouve que le défendeur est absolument incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens. Dans ce cas, il y a urgence de nommer de suite un administrateur, en attendant que le jugement soit rendu et que l'on puisse procéder à la nomination d'un tuteur. C'est une tutelle provisoire; les termes de la loi sont les mêmes en ce qui concerne la personne; aux termes des articles 450 et 509, le tuteur prendra soin de la personne de l'interdit, et ces articles disent aussi que le tuteur administre ses biens. Seulement, le tuteur est nommé par le conseil de famille, tandis que c'est le tri-

bunal qui commet l'administrateur provisoire comme mesure d'urgence.

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire et ceux du tuteur, en ce qui concerne la personne, sont identiques. Il n'y a qu'une manière de prendre soin de la personne d'un aliéné, c'est de le placer dans une maison de santé ou dans un hospice, afin de l'isoler le plus tôt possible. La loi du 18 juin 1850 le décide ainsi, en déclarant que les personnes atteintes d'aliénation mentale peuvent être reçues dans un établissement d'aliénés, sur la demande de l'*administrateur provisoire* (art. 7, n° 1).

Quant au pouvoir de l'administrateur sur les biens, on admet que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire; il peut autoriser l'administrateur à faire des actes de disposition. Si le jugement qui nomme l'administrateur ne définit pas ses pouvoirs, on s'en tient aux termes de la loi : il est chargé d'administrer les biens, mais seulement à titre provisoire. La cour de Bruxelles a jugé que l'administrateur ne doit pas faire des actes définitifs hors le cas de nécessité ou d'utilité évidente (1).

Ce que je viens de dire de l'administrateur provisoire nommé en cas de collocation d'un aliéné dans un hospice ou dans une maison de santé s'applique à l'administrateur nommé dans le cours d'une instance en interdiction. L'étendue des droits qui lui sont accordés ne change pas la nature de ses pouvoirs; c'est une protection que la loi accorde à l'aliéné, pour sa personne et pour ses biens. L'analogie, pour mieux dire, l'identité, qui existe entre l'administration provisoire et la tutelle est évidente puisqu'elle est écrite dans la loi.

II. *Les faibles d'esprit et les prodigues.*

69. Le terme de faiblesse d'esprit n'est pas légal; le code Napoléon se borne à dire que le tribunal peut, en rejetant la demande en interdiction, *si les circonstances*

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 324, n° 272.

l'exigent, nommer au défendeur un conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne pourra plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques. Dans le cas prévu par l'article 499, la nomination se fait d'office; elle peut aussi se faire par action directe de ceux qui ont le droit de provoquer l'interdiction. Quelles sont les *circonstances* à raison desquelles le tribunal peut nommer un conseil judiciaire à une personne? Le cas le plus fréquent dans lequel il y a lieu de nommer un conseil judiciaire est celui d'une faiblesse native des facultés intellectuelles; on l'appelle imbécillité quand elle atteint le plus haut degré d'inintelligence; dans ce cas, on prononce l'interdiction; à un degré moindre, on ne peut pas priver la personne de l'exercice de ses droits civils, ce qui conduirait à la séquestrer; le juge lui nommera un conseil judiciaire. De là le nom de *faiblesse d'esprit* que les auteurs emploient pour désigner la cause qui permet de nommer un conseil judiciaire. Le terme n'étant pas légal, la cause n'est pas légale non plus; le juge a un pouvoir discrétionnaire; il résulte de l'article 497 que le juge peut placer une personne sous conseil judiciaire, dans les cas où son état ne permet pas de l'interdire, bien qu'elle ne soit pas capable de gérer ses biens comme le font les hommes d'une intelligence ordinaire.

On a demandé si les sourds et muets doivent être interdits, ou placés sous conseil. Cela dépend de l'éducation qu'ils ont reçue. S'ils ont joui de l'admirable instruction qu'on leur donne, il n'y a lieu ni de les interdire, ni de nommer un conseil judiciaire; ils restent sous l'empire du droit commun. Il a même été jugé qu'un sourd et muet, quoique illettré, ne devait pas être interdit, parce qu'il avait toujours fait preuve d'une grande intelligence; le malheureux demanda lui-même, sur l'instance en interdiction dirigée contre lui, que le tribunal lui nommât un conseil judiciaire; la cour fit droit à sa requête. C'est réellement, comme le dit le code, une question de *circonstances*. Il en est de même des aveugles de naissance. Le code italien les interdit, ainsi que les sourds-muets; le code

français laisse plein pouvoir au juge, ce qui est plus rationnel (1).

Il est vrai que la mise sous conseil des personnes faibles d'esprit n'est pas sans inconvénient. C'est un régime tout spécial; en principe, les faibles d'esprit restent capables, le tribunal peut seulement leur défendre de faire, sans l'assistance de leur conseil, certains actes prévus par la loi. Ce n'est pas l'incapacité du mineur émancipé, et bien moins encore celle de l'interdit; il n'y a lieu ni à autorisation du conseil de famille, ni à homologation du tribunal. En fait, il est très difficile de préciser les actes que les faibles d'esprit peuvent ou ne peuvent pas faire; le plus prudent, en cas de doute, est de faire intervenir le conseil judiciaire. On préviendrait ces inconvénients en interdisant les simples d'esprit; mais il ne suffit pas qu'une chose soit utile, pour que le législateur la fasse; il faut avant tout qu'elle soit juste. Or, il n'est pas juste de priver de l'exercice de tous ses droits celui qui a la capacité nécessaire pour faire les actes ordinaires de la vie, tels que les actes d'administration. La demi-capacité est donc une nécessité juridique. On diminuerait de beaucoup les difficultés qui en résultent, en assimilant les personnes placées sous conseil aux mineurs émancipés; c'est une capacité moindre que celle que le code leur reconnaît, et c'est la seule que l'on puisse accorder à des personnes nées inintelligentes, ou qui le sont devenues par l'effet de la maladie ou des passions. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'au point de vue du droit international privé, la situation des personnes placées sous conseil judiciaire a une grande analogie avec celle des mineurs émancipés : c'est une demi-capacité, mais, comme leur capacité est incomplète, la loi intervient pour les protéger. C'est un devoir pour la société d'organiser une protection civile en faveur de ceux qui n'ont pas l'intelligence nécessaire pour veiller à leurs intérêts. D'un autre côté, il y a analogie entre les simples d'esprit et les aliénés, puisque c'est la

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 291, n° 249, et p. 404, nos 338 et 339.

faiblesse ou l'affaiblissement des facultés intellectuelles qui nécessite la protection légale.

70. Le code Napoléon assimile les prodigues aux simples d'esprit; le tribunal peut leur nommer un conseil, et leur situation légale est identique. On a contesté au conseil d'Etat le droit du législateur de placer sous conseil judiciaire ceux qui se ruinent pas de folles dépenses. Le prodigue, disait-on, est dans son droit en dépensant son patrimoine à sa guise, puisque la propriété donne le pouvoir non seulement de jouir et de disposer de ses biens, mais aussi d'en abuser (1). L'objection est grave; elle touche à un principe essentiel de nos sociétés modernes, à la liberté individuelle. A-t-on le droit de la limiter dans l'intérêt de l'individu? Je ne le crois pas. Chacun est le juge de ce qu'il lui convient de faire, sauf à supporter la responsabilité de ses actions. C'est sans doute pour ce motif que le droit anglais n'admet ni l'interdiction, ni le conseil judiciaire, pour cause de prodigalité (2).

Mais la question a encore une autre face. Si l'homme a des droits, il a aussi des devoirs; il contracte en se mariant l'obligation de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (C. Nap., art. 214); les époux sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203). L'obligation alimentaire s'étend aux descendants et aux ascendants, aux gendres et belles-filles, aux beaux-pères et belles-mères (art. 206-207). Le code italien l'impose aux frères et sœurs, et l'on peut soutenir, c'est mon avis, qu'on devrait l'étendre à tous les membres de la famille. Que deviennent ces obligations quand un homme dissipe ses biens par de folles dépenses? Réduit à la misère, il tombe à charge de la bienfaisance publique, lui et tous ceux auxquels il aurait pu et dû fournir des aliments. Est-il juste que celui qui a dissipé sa fortune oblige ensuite sa famille à l'entretenir? Est-il juste que le patrimoine des pauvres serve à entretenir un homme qui

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 brumaire an XI, n° 6 (Locré, t. III, p. 459 et suiv.).

(2) Phillimore, *Private international law*, p. 402, n° 543.

était riche et qui a trouvé bon de dissiper ses richesses en se livrant à ses mauvaises passions, car la prodigalité et la débauche vont ordinairement de pair? L'abus de la propriété peut et doit être limité, lorsqu'il compromet d'autres droits (1).

Le droit romain allait plus loin que notre code civil : il prononçait l'interdiction contre les prodigues. « Puisque, disait le préteur, tu dissipes par ta mauvaise conduite l'héritage de tes pères, et que tu réduis tes enfants à l'indigence, je t'interdis l'administration et l'aliénation de tes biens. » On suivait ce principe dans notre ancienne jurisprudence; et le code des Pays-Bas (art. 487) a reproduit le système traditionnel. N'est-ce pas violer le droit du propriétaire et dépasser le droit et l'intérêt de la société et de la famille? La tradition, à commencer par celle de Rome, est un mauvais guide, quand il s'agit d'apporter des restrictions à la liberté; le vieux régime avait peu de respect pour les droits de l'homme, même pour le droit de propriété. Personne ne dirait aujourd'hui ce que disait Cochin dans un de ses beaux plaidoyers : « Nous ne sommes que les *administrateurs* de nos biens; la *loi* qui nous en confie le *gouvernement* se réserve toujours l'*empire absolu* qui lui appartient pour étendre et *resserrer* notre pouvoir, suivant les vues que sa sagesse lui inspire, et qui n'ont jamais pour objet que *notre propre intérêt.* » Voilà du droit à la Louis XIV, qui se disait propriétaire de tous les biens de son royaume! Notre plus grand *intérêt* est de conserver notre *liberté;* la loi n'a le pouvoir de la limiter que quand nous lésons un droit des tiers ou de la société. Dans cet ordre d'idées, l'interdiction des prodigues ne se justifie point. La prodigalité n'est pas une folie, quoi qu'en disent les jurisconsultes romains; le prodigue jouit de sa raison, donc il est capable, mais il en jouit mal, donc il faut limiter sa capacité, parce qu'il lèse les droits de sa famille et de l'Etat. Peut-être le code Napoléon lui a-t-il laissé une trop grande liberté; il faut la

(1) Rapport fait au Tribunat par Bertrand de Greuille, n° 1; Emmery, *Exposé des motifs*, n° 12 (Locré, t. III, p. 475 et 473 de l'édition de Bruxelles).

restreindre, mais la loi ne saurait déclarer incapable celui qui est capable; c'est violer son droit.

71. Le conseil judiciaire, que le tribunal nomme aux faibles d'esprit et aux prodigues, les assiste dans les actes déterminés par la loi (C. Nap., art. 499 et 513). Il y a une grande différence entre le conseil judiciaire et le tuteur. Le conseil ne représente pas la personne à laquelle il a été donné; celle-ci continue à gouverner sa personne et à régir ses biens. Le conseil judiciaire n'agit point, il assiste. Cette assistance est plus qu'un avis, elle implique le concours dans l'acte, c'est plus qu'autoriser ou consentir; le conseil doit être présent à l'acte juridique que font le faible d'esprit et le prodigue; c'est en cela que consiste la protection que la loi accorde à ceux qui, par manque d'intelligence ou entraînés par leurs passions, n'ont pas la capacité requise pour faire les actes les plus importants de la vie. Le tuteur, au contraire, représente le mineur ou l'interdit dans tous les actes civils; c'est lui qui agit, et il agit seul, l'incapable ne figure point à l'acte, et le tuteur fait tous les actes, tandis que l'assistance du conseil n'est prescrite que pour certains actes.

Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas l'assistance du conseil judiciaire pour tous les actes juridiques? Le législateur néerlandais n'a plus voulu de cette capacité limitée : ou la capacité entière, ou l'incapacité absolue. Ce système séduit par sa simplicité, mais ce qui est simple n'est pas toujours juste. Mettra-t-on sur la même ligne celui qui est dans un état permanent d'imbécillité, ou dans un état habituel de démence, et celui qui est seulement faible d'esprit ou prodigue? L'un est réellement incapable, et d'une manière absolue, l'autre est moins capable que ceux qui jouissent de la plénitude de leur raison, mais il est plus capable que ceux dont les facultés intellectuelles sont nulles ou altérées profondément. Puisque les facultés diffèrent, la capacité et l'incapacité doivent également différer.

Malgré ces différences, on doit placer, au point de vue du droit international, le conseil judiciaire sur la même ligne que la tutelle. L'étendue des pouvoirs n'empêche

pas l'identité de la protection que la loi accorde aux incapables ; l'incapacité varie, mais dès qu'à raison de sa faiblesse intellectuelle, une personne a besoin d'un protecteur, la nature de la loi qui le protége est identique. Nous allons voir les conséquences qui en découlent, en ce qui concerne la personnalité du statut.

N° 2. NATURE DU STATUT.

72. Depuis que l'on admet des statuts personnels, on a rangé au nombre de ces statuts celui qui concerne l'interdiction. L'incapacité de l'interdit est l'exemple que les statutaires donnent d'ordinaire pour prouver que la personnalité des lois qui sont relatives à l'état des personnes résulte de la nature même de ces lois. Conçoit-on qu'une personne frappée d'aliénation mentale, et interdite à ce titre, jouisse de ses droits civils, en dehors du territoire, où sa maladie a été légalement constatée? Car l'interdiction ne faït que constater l'existence de la maladie d'où résulte l'incapacité. La prodigalité, qui, dans l'ancien droit, entraînait également l'interdiction, est aussi une espèce de maladie ; et certes celui qui est prodigue là où il a son domicile ne sera pas un homme rangé dans un autre pays. Je me borne à citer le témoignage de Boullenois : « Le statut qui interdit soit pour démence, soit pour prodigalité est un statut personnel. C'est un droit commun, il est de toutes les nations, parce qu'en effet, pour gérer, pour vendre et faire les autres actes de la société, il faut de la volonté. Les gens en démence et les imbéciles n'en ont aucune; et quant aux prodigues, la leur est dépravée (1). »

La seule difficulté que présente la personnalité du statut d'interdiction est de savoir s'il s'étend aux biens situés hors du territoire. On se préoccupaït, dans l'ancien droit, des biens beaucoup plus que de la personne des aliénés; ces malheureux étaient confondus avec les criminels,

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 59.

moyen infaillible d'aggraver leur maladie et de la rendre incurable. Quand les statutaires disent que l'état de l'interdit est partout le même, ils ont en vue ses biens. Boullenois le dit : « L'ordre de la société exige que l'homme qui est d'un certain état et d'une certaine condition soit tel partout où il peut se transporter et que conséquemment ce soit son état et sa condition qui décident de l'*usage* qu'il doit avoir de ses *biens*, quand cet usage est attaché à l'état de la personne, et la raison en est que cet état le pénètre pour ainsi dire tout entier, et le fait être ce qu'il est dans la société. » Boullenois applique ce principe non seulement aux engagements, mais aussi aux actes réels, tels que aliénations ou autres dispositions des fonds. Il cite Bouvot, en ses *Questions notables* (1) : « La coutume du domicile a-t-elle puissance sur la personne qu'elle règle; l'habilité, la légitimation d'icelle, et ce qui affecte la personne s'étend partout pour la rendre habile ou inhabile en toutes ses dispositions, *encore qu'elle soit faite de biens sis ailleurs*, dont la raison est que la loi du domicile connaît mieux que nulle autre les mœurs et conditions de la personne qui lui est sujette, et de quel remède elle a besoin pour l'autorité de sa conduite, en tous actes civils; c'est pourquoi elle en peut seule ordonner. Et s'il advient que cette personne, habile ou inhabile par la coutume de son domicile, dispose des biens sis ailleurs, sa disposition est valable ou non, selon la puissance que donne ou refuse la loi du domicile, laquelle, néanmoins, ne peut être dite outrepasser son territoire, parce que *principalement elle ne dispose pas de ce qui est hors*, mais *seulement de ce qui concerne la personne qui lui est sujette*; ce qu'elle peut licitement faire parmi cette disposition, par une conséquence qui peut s'étendre à son effet. Aussi voit-on que si le juge du domicile, *qui est la loi vive*, interdit son sujet comme furieux, comme prodigue, l'effet en est universel, et s'étend partout, *même au regard des biens assis hors le territoire du juge qui a ordonné l'interdiction.* »

(1) Bouvot, *Questions notables*, lettre *T*, quest. IV, p. 329 de la deuxième partie de l'édition de 1623. Boullenois, t. Ier, p. 173.

La jurisprudence était en ce sens, même dans les pays où l'on donnait tout à la réalité. Telles étaient nos anciennes provinces belgiques. Christyn, en ses arrêts, constate que l'interdiction prononcée par le juge du domicile avait effet partout, quand même les biens étaient situés à l'étranger. C'était une pratique très habituelle, car s'il faut en croire Damhouder, le nombre de prodigues dans nos Flandres était presque infini (1). Par là s'explique l'opinion des deux Voet, les plus réalistes parmi les réalistes. Paul Voet dit que tel était le droit généralement admis; il cherche à sauver la réalité qui lui est si chère en ajoutant qu'il se range à l'opinion commune, parce que la courtoisie semble le demander, bien que le droit strict soit contraire (2). Jean Voet, le meilleur de nos anciens jurisconsultes, dit aussi qu'en droit, les jugements n'ont aucun effet hors du territoire, mais qu'on les exécute par courtoisie (3).

73. La tradition est décisive. Aussi n'y a-t-il pas de débat sur la question, dans la doctrine et dans la jurisprudence modernes. J'ai cité le témoignage très remarquable d'un vieux légiste (n° 72). Je complète ce qu'il y a à dire sur les lois qui ont pour objet de protéger des incapables, en reproduisant la doctrine de Rocco, excellent jurisconsulte, mais trop attaché à la tradition. Dans notre débat, le défaut est une qualité, car la théorie ancienne est la théorie moderne. Le légiste napolitain pose comme principe que les tutelles qui ont pour objet de protéger les droits et les intérêts des incapables étendent leur effet sur le territoire étranger. Rocco ne parle pas de courtoisie internationale, il parle comme jurisconsulte, et il décide que le tuteur des mineurs et interdits, le curateur des mineurs émancipés, le conseil judiciaire des prodigues, nommés dans le royaume de Naples, et conformément à ses lois, étendent leur administration sur les biens des personnes confiées à leurs soins, quand même les biens seraient situés en pays étranger. Ils ont partout les mêmes

(1) *Christinæi Decisiones*, t. III, Decis. 173, n°s 5 et 6.
(2) P. Voet, *De statutis*, IV, 3. 17.
(3) J. Voet, *Commentar. ad Pandect.*, XXVII, 10, 11.

droits et les mêmes obligations concernant les personnes sur lesquelles la loi leur donne un pouvoir de protection. Peu importe où les biens sont situés; la loi ne statue pas sur les biens, elle statue sur les personnes en les déclarant incapables; quand l'incapacité est absolue, le tuteur les représente à l'étranger comme dans le royaume, il administre leurs biens, il consent les aliénations. L'incapacité, quelle quelle soit, est à l'étranger telle que nos lois la déterminent, et le tuteur, ou le curateur, ou le conseil judiciaire doivent intervenir partout, pour valider les actes qui ne peuvent être faits légalement qu'avec leur concours; ils sont tuteurs partout, et curateurs ou conseils, de même que les mineurs, interdits ou prodigues sont partout frappés de l'incapacité que notre loi établit. C'est précisément ce rapport entre l'incapacité et la protection que la loi veut assurer aux incapables qui nécessite et légitime l'autorité que les protecteurs légaux exercent partout; l'incapacité restant identique hors du royaume, la protection aussi doit être identique. Le mineur et l'interdit sont partout incapables, ils doivent donc jouir partout de la protection que la loi leur donne. Il en est de même des prodigues et des faibles d'esprit (1).

Les principes établis par Rocco et par Bouvot répondent d'avance à la seule objection que les auteurs modernes soulèvent. M. Demangeat demande ce qu'il faut décider de l'état d'interdit, en supposant que l'interdiction ait été prononcée contre un étranger qui vient en France, par un tribunal de son pays? Je crois, dit-il, qu'il faut répondre ici comme pour le mineur, quoiqu'on puisse objecter subtilement que les jugements rendus par un tribunal étranger ne peuvent avoir d'effet en France (2). J'ai dit de même, dans mes *Principes de droit civil* (t. 1er, n° 98) : « L'état de l'interdit donne lieu à une difficulté particulière. Son état et l'incapacité qui le frappe résultent d'un jugement; or, les jugements rendus par les tribunaux

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie*, p. 436 et 437.

(2) Demangeat, *De la Condition civile des étrangers en France*, p. 374; et *Revue pratique du droit français*, t. 1er, p. 53.

La jurisprudence était en ce sens, même dans les pays où l'on donnait tout à la réalité. Telles étaient nos anciennes provinces belgiques. Christyn, en ses arrêts, constate que l'interdiction prononcée par le juge du domicile avait effet partout, quand même les biens étaient situés à l'étranger. C'était une pratique très habituelle, car s'il faut en croire Damhouder, le nombre de prodigues dans nos Flandres était presque infini (1). Par là s'explique l'opinion des deux Voet, les plus réalistes parmi les réalistes. Paul Voet dit que tel était le droit généralement admis; il cherche à sauver la réalité qui lui est si chère en ajoutant qu'il se range à l'opinion commune, parce que la courtoisie semble le demander, bien que le droit strict soit contraire (2). Jean Voet, le meilleur de nos anciens jurisconsultes, dit aussi qu'en droit, les jugements n'ont aucun effet hors du territoire, mais qu'on les exécute par courtoisie (3).

73. La tradition est décisive. Aussi n'y a-t-il pas de débat sur la question, dans la doctrine et dans la jurisprudence modernes. J'ai cité le témoignage très remarquable d'un vieux légiste (nº 72). Je complète ce qu'il y a à dire sur les lois qui ont pour objet de protéger des incapables, en reproduisant la doctrine de Rocco, excellent jurisconsulte, mais trop attaché à la tradition. Dans notre débat, le défaut est une qualité, car la théorie ancienne est la théorie moderne. Le légiste napolitain pose comme principe que les tutelles qui ont pour objet de protéger les droits et les intérêts des incapables étendent leur effet sur le territoire étranger. Rocco ne parle pas de courtoisie internationale, il parle comme jurisconsulte, et il décide que le tuteur des mineurs et interdits, le curateur des mineurs émancipés, le conseil judiciaire des prodigues, nommés dans le royaume de Naples, et conformément à ses lois, étendent leur administration sur les biens des personnes confiées à leurs soins, quand même les biens seraient situés en pays étranger. Ils ont partout les mêmes

(1) *Christinæi Decisiones*, t. III, Decis. 173, nos 5 et 6.
(2) P. Voet, *De statutis*, IV, 3. 17.
(3) J. Voet, *Commentar. ad Pandect.*, XXVII, 10, 11.

droits et les mêmes obligations concernant les personnes sur lesquelles la loi leur donne un pouvoir de protection. Peu importe où les biens sont situés ; la loi ne statue pas sur les biens, elle statue sur les personnes en les déclarant incapables ; quand l'incapacité est absolue, le tuteur les représente à l'étranger comme dans le royaume, il administre leurs biens, il consent les aliénations. L'incapacité, quelle quelle soit, est à l'étranger telle que nos lois la déterminent, et le tuteur, ou le curateur, ou le conseil judiciaire doivent intervenir partout, pour valider les actes qui ne peuvent être faits légalement qu'avec leur concours ; ils sont tuteurs partout, et curateurs ou conseils, de même que les mineurs, interdits ou prodigues sont partout frappés de l'incapacité que notre loi établit. C'est précisément ce rapport entre l'incapacité et la protection que la loi veut assurer aux incapables qui nécessite et légitime l'autorité que les protecteurs légaux exercent partout ; l'incapacité restant identique hors du royaume, la protection aussi doit être identique. Le mineur et l'interdit sont partout incapables, ils doivent donc jouir partout de la protection que la loi leur donne. Il en est de même des prodigues et des faibles d'esprit (1).

Les principes établis par Rocco et par Bouvot répondent d'avance à la seule objection que les auteurs modernes soulèvent. M. Demangeat demande ce qu'il faut décider de l'état d'interdit, en supposant que l'interdiction ait été prononcée contre un étranger qui vient en France, par un tribunal de son pays ? Je crois, dit-il, qu'il faut répondre ici comme pour le mineur, quoiqu'on puisse objecter subtilement que les jugements rendus par un tribunal étranger ne peuvent avoir d'effet en France (2). J'ai dit de même, dans mes *Principes de droit civil* (t. Ier, n° 98) : « L'état de l'interdit donne lieu à une difficulté particulière. Son état et l'incapacité qui le frappe résultent d'un jugement ; or, les jugements rendus par les tribunaux

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie*, p. 436 et 437.

(2) Demangeat, *De la Condition civile des étrangers en France*, p. 374 ; et *Revue pratique du droit français*, t. Ier, p. 53.

étrangers n'ont d'effet en France que lorsqu'ils ont été rendus exécutoires par un tribunal français. Faut-il appliquer ce principe aux jugements qui prononcent l'interdiction d'un étranger? » Comme la même question se présente pour la tutelle et la puissance paternelle, ainsi que pour les curateurs et conseils judiciaires, j'en ajourne l'examen à la deuxième section de cette Etude.

74. La jurisprudence est dans le même sens. J'ai examiné, dans le cours de ces Etudes, la question de savoir si un mineur étranger peut être pourvu d'un tuteur (3); la question est la même pour l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire (1). La question du statut s'est présentée devant la cour de Gand. Une femme belge, mariée avec un baron badois, fut interdite dans le grand-duché de Bade; le mari et le tuteur donnèrent procuration de vendre des immeubles situés en Belgique; le tribunal d'Ypres, statuant sur leur requête, refusa d'autoriser la vente, quoique l'autorisation de vendre eût été donnée par l'autorité supérieure de tutelle, dans le pays où l'interdite était domiciliée. Cette décision a été réformée par la cour de Gand, sur la plaidoirie d'un excellent jurisconsulte, Me Balliu. C'est à tort, dit la cour, que le premier juge a refusé d'autoriser la vente, par le motif, d'une part, qu'il n'y a ni utilité évidente, ni nécessité absolue pour l'interdite, et, d'autre part, que les immeubles dont la vente est demandée, appartenant à l'interdite, devenue étrangère par son mariage, doivent être régis par les lois de notre pays. C'est là confondre le droit de vendre et les formalités de la vente. Le droit que peut avoir un interdit ou un mineur de vendre forme un statut personnel, qui n'est autre que la loi personnelle de la nation à laquelle il appartient et qui le suit partout où il se trouve. Or, ce droit avait été reconnu par le juge du domicile, l'autorité supérieure de tutelle, dans le grand-duché de Bade; il n'y avait donc plus à discuter si la vente était nécessaire ou utile; ce débat était vidé, en vertu de la loi personnelle ou nationale de l'interdite. Restait à détermi-

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 590, nº 335.

ner le mode de vente des biens situés en Belgique : et sur ce point il faut appliquer la loi du lieu où les biens sont situés (1). Je reviendrai sur cette dernière difficulté.

75. Phillimore rapporte une décision rendue par le tribunal de la Seine, qui paraît consacrer une opinion contraire. Un Anglais, placé sous la garde de commissaires nommés par le lord chancelier, s'échappa et s'établit à Paris. Ses *gardiens* le réclamèrent. Le défendeur soutint qu'il était sain d'esprit. Sur le rapport des médecins, le tribunal décida qu'il n'y avait pas lieu de l'interdire. Ce jugement ne fut pas respecté en Angleterre ; les biens de l'aliéné restèrent sous l'autorité de ses gardiens. Phillimore se plaint vivement de la jurisprudence française ; il dit que le tribunal a méconnu le principe du code civil qui veut que l'état des Français soit régi par la loi française, alors même qu'ils résident en pays étranger ; les juges français devraient donc aussi appliquer aux Anglais la loi qui les régit (2). Il m'est impossible de dire si cette critique est fondée ; le publiciste anglais ne donne pas la date du jugement ou de l'arrêt, il ne cite pas le Recueil où se trouve la décision et il n'en fait pas connaître les motifs. On voit que j'ai raison d'exposer en détail la jurisprudence, soit que je l'approuve, soit que je la désapprouve ; c'est le seul moyen de mettre le lecteur à même d'apprécier la doctrine que la jurisprudence consacre : la simple mention d'une décision ne lui apprend rien du tout.

76. Chose singulière ! Phillimore rapporte des décisions rendues en Angleterre auxquelles il aurait pu adresser le même reproche qu'il fait à la jurisprudence française. Un aliéné résidant à la Jamaïque est placé sous la garde de commissaires, ce qui équivaut à notre tutelle. Ses gardiens décident qu'il sera conduit en Angleterre pour y être soumis à un traitement médical, et l'un d'eux l'accompagne. Il y avait donc une tutelle constituée d'après les lois anglaises. Néanmoins on procéda en Angleterre

(1) Gand, 26 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 34).
(2) Phillimore, *Private international law*, p. 422, n° 561.

à la nomination d'une commission nouvelle. Les gardiens opposèrent que cela était inutile; que tous les intérêts de l'aliéné étaient suffisamment sauvegardés et quant à sa personne et quant à ses biens, lesquels se trouvaient dans la Jamaïque. Que répond le lord chancelier? « La commission qui existe dans la Jamaïque n'est pas une raison pour que l'on n'organise pas une commission ici. Au contraire, il faut qu'il y ait quelqu'un qui soit chargé en Angleterre du soin de la personne de l'aliéné et de la gestion de ses biens. Tant que l'aliéné réside en Angleterre, aucune cour n'aura autorité sur lui ni sur ses biens aussi longtemps qu'il n'y aura pas de commission anglaise. » Ainsi les cours d'Angleterre ne reconnaissent pas même les décisions prises par des magistrats anglais dans une colonie anglaise! Il faut qu'une nouvelle commission soit instituée; les cours ne peuvent pas statuer sur la requête de gardiens étrangers! Tout est *réel*, jusqu'à la garde de la personne d'un aliéné!

Si, au moins, ces principes étaient certains. Mais, dans le droit anglais, rien n'est certain, sinon l'incertitude la plus absolue. Phillimore rapporte d'autres *cas* dans lesquels la décision *paraît* un peu différente de celle que je viens de rapporter. Il ne faut pas s'en étonner, dit le légiste anglais : la cour considère chaque cas comme une affaire spéciale, et décide par conséquent d'après les circonstances de la cause. Un aliéné résidant dans les Pays-Bas possédait des capitaux considérables dans la Banque et les fonds de l'Inde orientale (*East-India stock*). Le curateur demanda qu'on lui remît les sommes qui appartenaient à l'interdit. Lord Cottenham décida qu'on lui remettrait les dividendes, et il chargea le *Master of the rolls* de s'enquérir si le curateur avait le droit de réclamer le capital en vertu des lois hollandaises. On ne savait pas si l'interdit était Anglais ou Néerlandais, et l'on ignorait si le tuteur offrait ou s'il devait une garantie pour les deniers dont il demandait la remise. Le *Master* déclara que l'interdiction était régulière et que le tuteur avait, d'après le code des Pays-Bas, qualité pour obtenir la possession des fonds appartenant à l'interdit. M. Cotton se prononça

pour le tuteur. Le nouveau chancelier, après quelque hésitation, accorda la demande, quoique aucune sûreté ne fût donnée par le tuteur. Il dit qu'il n'aurait pas balancé à faire la remise des capitaux s'il avait eu la certitude que l'aliéné fût Néerlandais (1). Quand une décision dépend de la nationalité des parties, n'est-ce pas au juge d'ordonner qu'elles en administrent la preuve?

Dans une seconde espèce, un Anglais résidant en France fut interdit; Phillimore dit que la cour nomma un *curator bonis*. Cela n'est pas exact, les lois françaises ne connaissent pas de *curateur aux biens* en matière d'aliénation mentale; on n'a qu'à ouvrir le code Napoléon pour s'en convaincre. Un capital échut à l'interdit et fut consigné conformément au *Trustee Relief Act*. Le tuteur ayant demandé la remise des deniers, la cour décida que les dividendes seulement seraient payés au tuteur, parce qu'il était constaté que l'interdit avait des moyens suffisants pour pourvoir à ses besoins. Dans cette espèce, la cour appliqua la loi personnelle, bien que la jurisprudence anglaise reste attachée à la règle féodale d'après laquelle toute coutume est réelle. En réalité, tout dépend des circonstances de la cause, il n'y a aucun principe.

77. Ce que Story dit aboutit à peu près à la même conséquence. Il admet que les tuteurs ou gardiens nommés pour veiller aux intérêts des aliénés, des simples d'esprit, des prodigues, peuvent exercer dans les pays étrangers les pouvoirs dont ils sont investis. Mais est-ce à titre de droit? Non, la courtoisie internationale le veut ainsi. C'est la doctrine des réalistes purs, les deux Voet qui nient tout statut personnel : la courtoisie est, en réalité, la négation du droit. Story ne s'en cache pas; la courtoisie repose sur les *intérêts* réciproques des nations, sur leurs *profits* mutuels et sur le *devoir* qu'elles ont d'entretenir la *paix* et l'*harmonie* (2). Etrange moyen d'établir l'harmonie et la paix que de faire appel à l'*intérêt* qui divisera éternellement les hommes; il n'y a qu'un moyen

(1) Phillimore, *Private international law*, p. 424, n° 563 *a*.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 137, § 99.

de les unir, c'est la communauté de droit. Story cite avec éloge les paroles du *Chief Justice Taney*, qui abonde dans ces sentiments comme tous les Américains : « La courtoisie est un fait volontaire de la nation qui l'offre; on ne peut l'admettre lorsqu'elle est *contraire à sa politique* ou *préjudiciable à ses intérêts*. » Quand les Anglo-Américains apprendront-ils qu'il y a une justice qui est supérieure à l'intérêt et à la politique?

78. D'après le code Napoléon, le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite (art. 506). Le code italien admet aussi la tutelle légale de la *femme*. Il est certain que la femme française dont le mari serait interdit en Italie ne serait pas de plein droit tutrice; c'est une conséquence de la personnalité du statut de l'interdiction; la femme française est donc régie en pays étranger par le code civil, qui ne la déclare point tutrice légale. On pourrait opposer que l'étranger qui se marie en Italie est soumis à la loi italienne en ce qui concerne les conditions du mariage, par la raison que ces conditions tiennent à l'ordre public et aux bonnes mœurs; or, la tutelle que le code italien impose aux époux étant un effet qu'elle attache au mariage, ne doit-on pas dire que cette disposition est aussi d'ordre public, et, en ce sens, une loi réelle qui gouverne les étrangers aussi bien que les naturels du pays? Le principe italien de l'*ordre public* est si vague que l'on en peut faire tout ce que l'on veut. Toutefois, il me semble que ce serait l'étendre outre mesure que de l'appliquer à la tutelle de l'interdit. Le mariage est le fondement de l'ordre civil et moral; on n'en saurait dire autant de la tutelle légale de l'interdit; je crois que le législateur italien a bien fait d'en faire une obligation pour la femme comme pour l'homme, puisque c'est un devoir pour les époux de se prêter appui et assistance; mais l'étendue de ce devoir est sujette à controverse, et dès qu'il y a quelque doute, on ne peut plus dire que le droit de la société est en cause.

La femme italienne dont le mari serait interdit en France serait tutrice légale en vertu de son statut personnel. Elle ne pourrait certes pas se prévaloir de la loi

territoriale qui ne lui impose pas cette charge, et l'on ne pourrait pas s'en prévaloir contre elle. Si le code français ne déclare pas la femme tutrice légale, ce n'est pas qu'il ne veuille pas que la femme soit tutrice; il permet de lui déférer la tutelle, bien qu'en général les femmes ne soient pas appelées à la tutelle, son désir est donc que la femme soit tutrice; s'il ne lui donne pas la tutelle de plein droit, c'est qu'il craint que la charge ne soit trop lourde. Cette considération est secondaire; il en résulte, entre le droit français et le droit italien, une de ces différences qui constituent la variété des lois personnelles, et qui, par conséquent, dépendent du statut national.

79. D'après le droit romain les prodigues sont interdits. Le Français prodigue qui serait domicilié dans un pays de droit écrit devrait-il ou pourrait-il être interdit? En vertu de son statut personnel, l'interdiction ne pourrait pas être prononcée; le prodigue a droit à rester capable, tandis que l'interdiction le priverait de l'exercice de tous les droits civils. Il est certain que si le tribunal étranger prononçait l'interdiction, cette sentence n'aurait aucun effet en France, puisqu'elle serait en opposition avec le statut personnel du Français, et, de plus, elle serait contraire à un principe de droit public, le Français ne pouvant être privé de l'exercice de ses droits pour cause de prodigalité.

Les tribunaux français pourraient-ils prononcer l'interdiction, pour cause de prodigalité, d'un étranger qui, d'après sa loi nationale, doit être interdit? C'est le statut personnel qui, dans ce cas, doit recevoir son application. Il n'est pas en conflit avec une loi territoriale que l'on puisse considérer comme un de ces statuts réels qui dominent le statut national de l'étranger. A la vérité, les tribunaux français ne peuvent pas prononcer l'interdiction d'un Français prodigue; mais, en interdisant un étranger, ils ne jugent pas en vertu du code civil, ils appliquent la loi étrangère, ce qu'ils font toujours dans le conflit des deux lois. Comme ils sont d'ailleurs compétents pour connaître de l'état des prodigues, et qu'ils ont, même en vertu du code Napoléon, le droit de les interdire partiel-

lement, rien n'empêche qu'ils les interdisent entièrement en les mettant sous tutelle. Et s'il y avait une tutelle légale d'après la loi étrangère, ils devraient se borner à déclarer que le défendeur est sous tutelle de son conjoint ou de son ascendant.

80. Entre le droit anglais et le droit français, il y a un autre conflit en matière de prodigalité. J'ai dit que la *common-law* ne connaît, ni le conseil judiciaire du code Napoléon, ni la tutelle du droit romain; les prodigues y conservent le plein exercice de leurs droits civils. Il suit de là qu'un Anglais ne pourrait pas être mis sous conseil judiciaire en France : c'est l'application du statut personnel. On ne peut pas dire que la nomination d'un conseil judiciaire est une mesure d'ordre public qui doit être appliquée aux étrangers à titre de loi de police, en vertu de l'article 3 du code Napoléon. Cette disposition pourrait être invoquée pour séquestrer un aliéné qui, par ses extravagances ou ses actes de fureur, troublerait l'ordre et la paix. Mais les prodigues ne sont pas séquestrés, la mise sous conseil judiciaire n'a aucun effet sur la personne, elle n'est relative qu'aux biens; or, la capacité de l'étranger, relative à la gestion de ses intérêts pécuniaires, est régie par sa loi personnelle : capable en Angleterre, il reste capable en France.

Que faut-il dire du Français prodigue qui se trouve à l'étranger? Dans la doctrine du statut personnel, la réponse est très simple. Est-il placé sous conseil par un jugement rendu en France, cette incapacité le suivra partout, il ne pourra donc faire aucun des actes qui lui sont défendus par le code Napoléon. Les réalistes objecteront que la nomination d'un conseil judiciaire ayant uniquement pour objet les biens, il en résulte que le statut est réel et ne reçoit pas d'application aux biens situés hors du territoire. Ce serait mal raisonner. Quand on dit que le conseil judiciaire ne concerne pas la personne, cela signifie que le prodigue n'est pas séquestré, et qu'il conserve sa liberté ; mais cela n'empêche pas qu'il soit frappé d'une interdiction partielle, qui est de même nature que l'interdiction totale, et forme, par conséquent, un sta-

tut personnel. Cela est décisif au point de vue du droit français. Si le Français, mis sous conseil judiciaire en France, faisait en pays étranger un des actes qui lui sont défendus sans l'assistance de son conseil, cet acte serait nul en France, et le prodigue en pourrait demander l'annulation devant les tribunaux français. Mais je doute qu'on décidât de même en Angleterre. La *common-law* ne connaît pas de statut personnel; les cours anglaises ne l'admettent que par courtoisie, et je viens de dire que la courtoisie n'est autre chose que la doctrine de l'intérêt, et que par suite on ne tient aucun compte des lois étrangères quand elles sont en opposition avec la politique (*policy*) ou l'intérêt anglais. Or, les cours anglaises diraient qu'elles ne peuvent ni déclarer un prodigue incapable en lui nommant un conseil judiciaire, ni reconnaître la nomination d'un conseil émanée d'un tribunal étranger, puisque la *common-law* ne connaît pas cette restriction à la liberté, et qu'il en résulterait une lésion des intérêts anglais; les tiers qui traitent avec un étranger prodigue ne pouvant pas savoir qu'il est incapable et quelle est l'étendue de son incapacité. Voilà à quoi conduit la doctrine de l'intérêt : incapable en France, le prodigue sera capable en Angleterre, et pourra s'y ruiner à son aise, si sa fortune est mobilière. Les Français ne pourront pas trop se plaindre de ce que les Anglais ne tiennent aucun compte de la loi française, puisque les tribunaux français en font autant en mettant l'intérêt français au-dessus du droit. Quant à l'objection que les tiers opposent, de l'ignorance où ils sont de l'état et de l'incapacité du prodigue, j'y ai répondu en traitant du statut personnel : il dépend du législateur de donner satisfaction à ce qu'elle a de légitime, et les traités pourraient y ajouter la garantie de la publicité (1).

81. Le droit anglais diffère aussi du droit français en ce qui concerne l'aliénation mentale. Il ne connaît pas l'interdiction pour cause de folie. On nomme une commission qui remplit l'office de gardien, en prenant soin de la

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 174, n°s 92-96.

personne de l'aliéné et en administrant ses biens. Si un Anglais a été mis sous garde, conformément à la loi anglaise, son état étant fixé par son statut personnel, on devra reconnaître en France l'incapacité qui le frappe et le pouvoir que la loi anglaise accorde à ses gardiens. C'est l'application du statut personnel que Phillimore accuse le tribunal de la Seine d'avoir méconnu (n° 75). Tout ce que l'on pourrait soutenir en France, c'est que les actes judiciaires faits à l'étranger n'ont pas d'exécution en France, jusqu'à ce qu'ils aient été déclarés exécutoires par un tribunal français. Je reviendrai sur cette question.

Puisque les Anglais se sont plaints de ce qu'un tribunal français a déclaré sain d'esprit un Anglais qui, en Angleterre, avait été confié à la garde d'une commission, en peut-on induire que les cours anglaises reconnaîtraient les pouvoirs d'un tuteur nommé à un Français aliéné? J'en doute, pour mieux dire, il n'y a rien à répondre, puisque les cours d'Angleterre décident d'après les circonstances de la cause; la courtoisie peut les engager aujourd'hui à respecter une décision émanée d'un tribunal français, et demain elles refuseront de la reconnaître comme étant contraire à l'intérêt anglais. Il est probable que les cours d'Angleterre nommeraient une commission chargée de prendre soin de la personne de l'aliéné, et de gérer les biens qu'il posséderait en Angleterre.

Autre est la question de savoir si un Français résidant en Angleterre y pourrait être interdit, conformément à la loi française. Cela encore est douteux, la *common-law* ne connaissant pas l'interdiction. Les cours anglaises nommeraient une commission, comme je viens de le dire. Est-ce que les gardiens seraient admis à exercer en France et sur les biens qui y sont situés les pouvoirs que leur donne la loi anglaise? Les gardiens tenant lieu de tuteur et ayant des pouvoirs analogues, il n'y aurait pas d'obstacle légal à ce que les gardiens anglais fussent reconnus en France. Il n'y a qu'un moyen de prévenir ces incertitudes, c'est de faire des traités qui assurent aux lois personnelles leur entière application en pays étranger : les cours d'Angleterre nommeraient un tuteur à l'aliéné français, et les tri-

bunaux de France nommeraient des gardiens à l'aliéné anglais. En l'absence d'un traité, il est impossible de faire l'application des lois anglaises en France et celle des lois françaises en Angleterre, puisque les institutions judiciaires sont différentes dans les deux pays.

SECTION II. — Conflit du statut personnel et du statut réel.

§ Ier. — *De l'autorité du statut personnel quand il repose sur des actes ou des jugements étrangers.*

N° 1. LA RÈGLE.

82. Depuis que l'on admet des statuts personnels, les auteurs enseignent que ces statuts suivent la personne partout. La capacité ou l'incapacité qui en résulte est attachée à la personne, et en est inséparable. J'ai dit ailleurs les comparaisons dont les statutaires se servent pour marquer ce lien intime : l'incapacité est comparée à une lèpre que la personne porte partout avec elle; le lépreux est lépreux partout, de même l'interdit est partout frappé d'interdiction. La capacité ne peut pas plus être séparée du majeur que l'ombre ne peut se séparer de son corps : majeur d'après la loi de son domicile, il est majeur et capable partout. Cela est sans difficulté quand il s'agit d'un fait naturel, tel que l'âge; la majorité est constatée par la naissance, et la naissance se prouve par un acte authentique qui fait foi partout. Il n'en est pas de même de l'interdiction et du conseil judiciaire; c'est le tribunal qui constate, après un débat contradictoire, si une personne se trouve dans un état habituel d'aliénation mentale, puis il prononce, s'il y a lieu, son interdiction. Après cela le conseil de famille nomme un tuteur à l'interdit. Quand on demande la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou pour prodigalité, il y a également un procès sur le point de savoir si la personne est prodigue, ou faible d'esprit; quand cette altération des facultés intellectuelles et morales est constatée contradictoirement, le tribunal nomme un conseil au prodigue ou au faible

d'esprit. De là naît la question de savoir si les jugements qui interviennent et qui constatent l'état de l'interdit, du faible d'esprit et du prodigue, reçoivent exécution en pays étranger.

La même difficulté se présente en cas d'émancipation : il y a un fait intellectuel et moral, dans ce cas, à constater, le développement des facultés du mineur, la capacité relative qu'il a acquise. Le code Napoléon ne prescrit pas l'intervention du tribunal dans ce cas, il s'en rapporte aux père et mère, ou au conseil de famille; toujours est-il que l'émancipation se fait dans certaines formes; la déclaration du père est reçue par le juge de paix assisté de son greffier, ou par un notaire en présence de deux témoins, et quand le conseil de famille intervient, il y a une délibération actée; si ce n'est pas un acte de juridiction contentieuse, c'est du moins un acte de juridiction volontaire. Cet acte a-t-il effet en pays étranger, sans être déclaré exécutoire?

Des questions analogues se présentent en matière de tutelle et de puissance paternelle. Le tuteur, nommé par le tribunal, ou par un conseil de famille, est-il tuteur partout, ou lui faut-il une reconnaissance judiciaire? Le père, sans doute, est père partout, mais il faut pour cela qu'il soit prouvé qu'il est père; or il se peut que le fait de paternité ne soit établi que par un jugement. De là la question de savoir si ce jugement rendu par le tribunal du domicile aura effet partout.

Enfin, il y a d'autres administrateurs qui sont nommés par le tribunal, ou par un acte solennel : tels sont les curateurs pendant la présomption d'absence, les envoyés en possession, provisoires ou définitifs, l'administrateur provisoire nommé pendant l'instance en interdiction, l'administrateur provisoire de l'aliéné colloqué, le curateur au ventre, le curateur à une succession vacante. Ces administrateurs peuvent-ils agir partout en vertu des pouvoirs qui leur sont accordés par la loi en vertu de laquelle ils ont été nommés?

83. Le statut personnel se trouve, dans ces divers cas, en conflit avec le statut territorial ou réel. En vertu du statut personnel, tous ceux qui administrent la personne

ou les biens d'un incapable devraient avoir qualité partout, pour remplir la mission de protection qui leur est confiée, de même que la personne, incapable en vertu de son statut personnel, est incapable partout. Mais quand les administrateurs, gardiens ou conseils, veulent exercer à l'étranger les pouvoirs dont ils sont investis par leur statut national, ils se trouvent en conflit avec la souveraineté territoriale. Peuvent-ils agir, sur un territoire étranger, en vertu d'un pouvoir qui leur est accordé par un acte dont la force exécutoire est limitée au territoire sur lequel s'étend la puissance souveraine qui les a investis de leur autorité? J'appelle ce statut territorial un statut réel, par analogie avec les termes dont on se sert dans notre science pour indiquer que le statut personnel est tenu en échec par une loi territoriale qui l'emporte sur ce statut; une loi étrangère, émanation d'une souveraineté étrangère, ne pouvant pas léser les droits du souverain sur le territoire duquel on l'invoque. Or, la puissance souveraine n'est-elle pas en cause quand on prétend donner force sur son territoire à un jugement ou à un acte émané d'une souveraineté étrangère? On le soutenait jadis pour toute loi étrangère : de là cette règle féodale qui a si longtemps régné dans notre science, que toute coutume est réelle. Ne doit-on pas, pour la même raison, empêcher que les actes ou jugements émanés d'une juridiction étrangère ne reçoivent une exécution quelconque dans un territoire sur lequel ne s'étend point la puissance souveraine en vertu de laquelle ces actes ont été faits et ces jugements rendus? En ce sens il y a conflit entre le statut personnel des incapables, statut en vertu duquel il a été pourvu à la protection que le législateur entend leur assurer, et la souveraineté du pays où les protecteurs légaux prétendent exercer les pouvoirs qu'ils tiennent d'une autre souveraineté. Comment ce conflit sera-t-il vidé?

Le conflit n'existe pas seulement pour les lois qui régissent les incapables et pour la protection que le législateur national leur accorde; il est général en ce sens qu'au nom de la souveraineté de chaque pays on conteste l'exécution de tous actes ou jugements émanés d'une souveraineté

d'esprit. De là naît la question de savoir si les jugements qui interviennent et qui constatent l'état de l'interdit, du faible d'esprit et du prodigue, reçoivent exécution en pays étranger.

La même difficulté se présente en cas d'émancipation : il y a un fait intellectuel et moral, dans ce cas, à constater, le développement des facultés du mineur, la capacité relative qu'il a acquise. Le code Napoléon ne prescrit pas l'intervention du tribunal dans ce cas, il s'en rapporte aux père et mère, ou au conseil de famille ; toujours est-il que l'émancipation se fait dans certaines formes ; la déclaration du père est reçue par le juge de paix assisté de son greffier, ou par un notaire en présence de deux témoins, et quand le conseil de famille intervient, il y a une délibération actée ; si ce n'est pas un acte de juridiction contentieuse, c'est du moins un acte de juridiction volontaire. Cet acte a-t-il effet en pays étranger, sans être déclaré exécutoire?

Des questions analogues se présentent en matière de tutelle et de puissance paternelle. Le tuteur, nommé par le tribunal, ou par un conseil de famille, est-il tuteur partout, ou lui faut-il une reconnaissance judiciaire? Le père, sans doute, est père partout, mais il faut pour cela qu'il soit prouvé qu'il est père ; or il se peut que le fait de paternité ne soit établi que par un jugement. De là la question de savoir si ce jugement rendu par le tribunal du domicile aura effet partout.

Enfin, il y a d'autres administrateurs qui sont nommés par le tribunal, ou par un acte solennel : tels sont les curateurs pendant la présomption d'absence, les envoyés en possession, provisoires ou définitifs, l'administrateur provisoire nommé pendant l'instance en interdiction, l'administrateur provisoire de l'aliéné colloqué, le curateur au ventre, le curateur à une succession vacante. Ces administrateurs peuvent-ils agir partout en vertu des pouvoirs qui leur sont accordés par la loi en vertu de laquelle ils ont été nommés?

83. Le statut personnel se trouve, dans ces divers cas, en conflit avec le statut territorial ou réel. En vertu du statut personnel, tous ceux qui administrent la personne

ou les biens d'un incapable devraient avoir qualité partout, pour remplir la mission de protection qui leur est confiée, de même que la personne, incapable en vertu de son statut personnel, est incapable partout. Mais quand les administrateurs, gardiens ou conseils, veulent exercer à l'étranger les pouvoirs dont ils sont investis par leur statut national, ils se trouvent en conflit avec la souveraineté territoriale. Peuvent-ils agir, sur un territoire étranger, en vertu d'un pouvoir qui leur est accordé par un acte dont la force exécutoire est limitée au territoire sur lequel s'étend la puissance souveraine qui les a investis de leur autorité? J'appelle ce statut territorial un statut réel, par analogie avec les termes dont on se sert dans notre science pour indiquer que le statut personnel est tenu en échec par une loi territoriale qui l'emporte sur ce statut; une loi étrangère, émanation d'une souveraineté étrangère, ne pouvant pas léser les droits du souverain sur le territoire duquel on l'invoque. Or, la puissance souveraine n'est-elle pas en cause quand on prétend donner force sur son territoire à un jugement ou à un acte émané d'une souveraineté étrangère? On le soutenait jadis pour toute loi étrangère : de là cette règle féodale qui a si longtemps régné dans notre science, que toute coutume est réelle. Ne doit-on pas, pour la même raison, empêcher que les actes ou jugements émanés d'une juridiction étrangère ne reçoivent une exécution quelconque dans un territoire sur lequel ne s'étend point la puissance souveraine en vertu de laquelle ces actes ont été faits et ces jugements rendus? En ce sens il y a conflit entre le statut personnel des incapables, statut en vertu duquel il a été pourvu à la protection que le législateur entend leur assurer, et la souveraineté du pays où les protecteurs légaux prétendent exercer les pouvoirs qu'ils tiennent d'une autre souveraineté. Comment ce conflit sera-t-il vidé?

Le conflit n'existe pas seulement pour les lois qui régissent les incapables et pour la protection que le législateur national leur accorde; il est général en ce sens qu'au nom de la souveraineté de chaque pays on conteste l'exécution de tous actes ou jugements émanés d'une souveraineté

étrangère, et l'on pose comme règle que les actes passés en pays étranger, et les jugements qui y sont portés, n'ont pas d'exécution en France tant qu'ils ne sont pas déclarés exécutoires par un tribunal français. Il nous faut voir d'abord quel est le fondement de cette règle. Je n'entends pas discuter la question dans toute son étendue, puisqu'elle est étrangère à l'objet de ces Etudes, limitées strictement au droit civil. Mais je suis obligé de constater la règle, et les motifs sur lesquels elle est fondée, afin d'examiner ensuite si elle reçoit son application aux questions d'état, et notamment aux actes et jugements qui se rencontrent dans la matière qui fait l'objet de cette Etude.

84. Je commence par transcrire le texte des dispositions portées en France et en Belgique. L'ordonnance de 1629, article 21, porte : « Les *jugements* rendus, *contrats* ou *obligations* reçues ès royaumes ou souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune *hypothèque* ni *exécution* en notre royaume ; ains tiendront les *contrats* lieu de *simples promesses* ; et, nonobstant les *jugements*, nos *sujets* contre lesquels ils ont été rendus pourront, *de nouveau*, *débattre leurs droits* comme *entiers* par devant *nos officiers*. » C'est la première loi qui ait déclaré les *actes* et *jugements étrangers* non exécutoires en France ; il importe d'en préciser le sens et le fondement. En quel sens ne sont-ils pas exécutoires? L'ordonnance dit qu'ils n'auront *aucune hypothèque*, à la différence des *jugements* et *actes authentiques* qui, dans l'ancien droit, emportaient hypothèque, et l'hypothèque donne au créancier le droit de saisir et de faire vendre les biens du débiteur, ce qui se fait par le ministère des huissiers. C'est aussi en ce sens que l'ordonnance ajoute que les jugements, contrats ou obligations rendus ou reçus en pays étranger n'ont pas d'*exécution* en France; cela veut dire qu'ils ne peuvent pas être *exécutés* sur les biens que le débiteur possède en France. En effet, les jugements et actes authentiques sont exécutoires en vertu de l'autorité souveraine du pays où ils ont été rendus ou passés ; or, le souverain étranger n'a pas le droit de commander

en France, ni, par conséquent, d'ordonner aux officiers publics d'exécuter les jugements et les actes, en saisissant les biens du débiteur. La force exécutoire manquant aux contrats et jugements, qu'en résultait-il? L'ordonnance distingue entre les contrats et les jugements : les contrats, quoique authentiques, « tiendront lieu de simples promesses » ; le créancier ne pourra donc pas les exécuter par la force publique; il devra s'adresser aux tribunaux français pour obtenir un jugement ayant force exécutoire. Quant aux jugements, l'ordonnance dit que les Français contre lesquels ils ont été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits; les jugements sont donc, à leur égard, dénués de toute autorité, le législateur les considère comme n'existant point, les droits des Français *restent entiers*, le demandeur doit, par conséquent, recommencer à plaider. Au fond, l'ordonnance applique aux jugements ce qu'elle dit des actes; pour les actes, il faut aussi un jugement qui les rende exécutoires; les jugements ne pouvaient pas être rendus exécutoires, puisqu'ils ne constatent pas la volonté des parties; ils sont l'œuvre du juge étranger, et la décision de ce juge ne peut avoir aucun effet en France. C'est l'interprétation que Merlin donne à l'ordonnance de 1629 : « Le législateur distingue, dans les actes faits en pays étranger, entre ce qui appartient à la puissance publique et ce qui ne dépend que de la volonté privée des parties. Ce qui ne dépend que de la volonté privée des parties, il le maintient, parce que la volonté privée des parties n'est circonscrite par aucune borne légale, parce qu'elle est maîtresse partout; mais ce qui appartient à la *puissance publique*, il l'annule quant à la France, parce que la *puissance publique* expire sur les limites de son territoire. Dans les contrats passés par devant notairés, en pays étranger, la volontée privée des parties concourt avec la puissance publique : l'une forme l'obligation, l'autre la rend exécutoire. En conséquence, que fait le législateur? Il sépare l'ouvrage de la *puissance publique* et l'ouvrage de la volonté privée des parties; il détruit l'un et conserve l'autre; il veut que l'obligation ne soit pas exécutoire en France, mais il veut, en même temps,

qu'elle y tienne lieu de simple promesse. Dans les jugements, au contraire, la volonté privée des parties n'est pour rien, la *puissance publique* agit seule; voilà pourquoi le législateur veut que les jugements rendus en pays étranger soient considérés, en France, comme non avenus (1). » Ne faut-il pas ajouter, comme le dit l'ordonnance, en tant qu'ils emporteraient *hypothèque* ou *exécution?* C'est-à-dire que les jugements étrangers ne peuvent pas avoir, en France, un effet qui dépend de la puissance publique et qui tient à l'exercice de la souveraineté?

L'article 121 soulève encore une autre difficulté. La dernière disposition est-elle générale, ou ne s'applique-t-elle qu'aux jugements rendus contre les Français, comme le texte semble le dire? Je n'entre pas dans cette controverse. L'interprétation généralement admise est que l'ordonnance de 1629 est générale et applicable à tout jugement (2). Il faut toujours ajouter avec le texte de l'article 121 que le jugement soit de nature à emporter *hypothèque* ou *exécution*. Je reviendrai sur cette dernière difficulté.

85. Le code Napoléon contient deux dispositions qui maintiennent le principe de l'ordonnance de 1629, en y dérogeant. Aux termes de l'article 2128, « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ». C'est l'application rigoureuse du principe établi par l'ordonnance sur les contrats reçus en pays étranger; ils tiennent lieu de simples promesses, or, une promesse ne suffit point pour l'existence de l'hypothèque, il faut un acte authentique.

Le code civil admet l'hypothèque judiciaire; mais, dit l'article 2123, « cette hypothèque ne peut résulter de jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés *exécutoires* par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Jugement*, § XIV (t. IX, p. 143 de l'édition de Bruxelles, in-8°).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 71, n° 348.

lois politiques ou dans les traités. » Cet article applique ou modifie l'ordonnance de 1629, selon le sens que l'on y attache. Le code civil ne dit plus, en termes absolus, que les jugements étrangers n'auront *aucune hypothèque* ni *exécution* en France, il dispose qu'ils auront hypothèque, et, par conséquent, exécution s'ils ont été déclarés *exécutoires* par un tribunal français.

Les articles 2123 et 2128 n'étaient relatifs qu'aux hypothèques; le code de procédure généralisa le principe. Je transcris l'article 546 : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers ne seront *susceptibles d'exécution* en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil. »

On ne trouve rien dans les travaux préparatoires sur le sens et la portée des articles 2123 et 2128 du code Napoléon. L'article 546 du code de procédure a été expliqué par l'orateur du gouvernement et par l'orateur du Tribunat, l'un et l'autre d'excellents jurisconsultes. Voici ce que dit Réal dans l'*Exposé des motifs* : « Si les *officiers ministériels* de l'empire, si les membres de la grande famille qui le composent ne doivent *obéir* qu'*au nom du prince*, il faut en conclure qu'un jugement émané d'une *puissance étrangère* n'est, ni pour ces officiers ministériels, ni pour les sujets de l'empire français, un *ordre auquel ils doivent obéir*. Ce principe se trouvait *implicitement* énoncé dans plusieurs articles du code civil (2123 et 2128). Il est ici rappelé et formellement déclaré dans l'article 546, avec les modifications exigées pour les cas prévus par ces deux articles (1). » Le principe, tel qu'il est expliqué par Réal, n'est pas absolu ; il ne dit pas que *tout jugement* doit être revisé, et qu'avant d'être revisé, il est considéré comme non avenu; il ne parle que des jugements qui sont susceptibles d'*exécution* forcée, et qui sont exécutés au nom du souverain; or les officiers publics et les citoyens ne doivent pas obéissance au prince étranger

(1) Réal, *Exposé des motifs*, n° 16 (Locré, t. X, p. 188 de l'édition de Bruxelles).

au nom duquel les jugements étrangers ont été rendus; donc par eux-mêmes ils ne peuvent pas être exécutés; voilà pourquoi ils doivent être déclarés exécutoires par un tribunal français.

Favard s'exprime dans le même sens : « Comme un des *principaux attributs* de la *souveraineté* est de rendre *exécutoires* les *jugements des tribunaux* et les *actes* des *autres fonctionnaires établis par la loi*, le code civil et le code de procédure portent que les *jugements* rendus par les *tribunaux étrangers* et les *actes* reçus par les *officiers étrangers* ne sont pas *susceptibles d'exécution* en France, à moins qu'ils n'aient été déclarés *exécutoires* par un tribunal français. Il n'y a d'exception à ce principe que dans le cas où il existerait des dispositions contraires dans les lois politiques ou dans les traités; et cette exception n'est pas contraire au principe, parce que le souverain qui *défend* la *force exécutoire*, dans ses Etats, à des *actes* non émanés de l'*autorité* de ses *juges* peut la *permettre*, et que d'ailleurs, il y a réciprocité (1). » Favard met sur la même ligne, de même que le texte de l'article 546, les *jugements* rendus par les *tribunaux étrangers* et les *actes* émanés des *fonctionnaires étrangers*. Quels sont les *actes* étrangers qui doivent être déclarés *exécutoires?* Il ne peut s'agir que de ceux qui sont susceptibles d'exécution forcée; c'est cette exécution qui est un attribut de la puissance souveraine; le prince l'exerce par les fonctionnaires qui reçoivent les actes authentiques, et par l'intermédiaire des tribunaux qui rendent la justice en son nom, ou il l'exerce directement en déclarant par un traité que les jugements et actes étrangers auront exécution en France, sans être déclarés exécutoires. En définitive, si les actes et jugements étrangers doivent être rendus *exécutoires*, c'est qu'il faut un acte de souveraineté pour qu'ils puissent obtenir une exécution forcée; cet acte peut émaner du prince seul, sans aucune intervention des tribunaux, quand il consent par un traité à ce que les actes et jugements étrangers soient exécutés dans toute l'étendue

(1) Favard, *Discours*, n° 11 (Locré, t. X, p. 207).

de sa souveraineté. Il n'y a donc que les jugements et actes qui doivent recevoir une exécution forcée, pour lesquels l'autorité du prince est requise dans le but de les rendre exécutoires; pour les jugements qui, par leur nature ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée, il ne peut être question de les déclarer exécutoires. On peut encore tirer une autre conséquence des discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat, c'est que la déclaration qui rend les jugements exécutoires n'est pas un nouveau jugement rendu au fond; si la loi exigeait une révision du procès, pour que le jugement pût être déclaré exécutoire, on ne concevrait point qu'une simple déclaration faite dans un traité, et applicable à tous les jugements, tînt lieu d'un *jugement*; le souverain n'a pas le droit de juger, et quand même il aurait ce droit, il serait absurde de dire qu'il juge d'avance tous les procès qui pourront se présenter devant les tribunaux étrangers et qu'il donne sa confirmation à tous les jugements qui interviendront : le traité équivalant au jugement, il est certain que le jugement, de même que le traité, se borne à rendre exécutoires les actes et jugements étrangers. Je dis ceci en passant, mon but n'étant pas de discuter la question de savoir si les jugements étrangers doivent être revisés, ou non.

86. Tels sont les précédents de la loi belge du 25 mars 1876, qui porte, article 10 :

« Les tribunaux de première instance *connaissent* des *décisions* rendues par les *juges étrangers* en matière civile et en matière commerciale.

« S'il existe, entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue, un traité conclu sur la base de la réciprocité, leur examen ne portera que sur les cinq points suivants :

« 1° Si la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public ni aux principes du droit public belge;

« 2° Si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée;

« 3° Si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

« 4° Si les droits de la défense n'ont pas été respectés;

« 5° Si le tribunal étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur. »

Je ne commente pas cette disposition, puisqu'elle appartient à la procédure, et mes Etudes sont limitées au droit civil. Toutefois on me permettra d'exprimer le regret que le législateur belge n'ait pas adopté le principe tel que la commission extra-parlementaire l'avait formulé; elle n'exigeait point de traité de réciprocité. M. Allard, mon regretté collègue, dit dans son rapport : « Il est une autre condition aujourd'hui exigée par les traités entre les nations européennes, c'est la réciprocité. En la supprimant, nous avons suivi le généreux exemple que vient de donner le législateur italien. Nos lois, au surplus, ayant effacé cette même condition en matière de succession et d'acquisition à titre gratuit, la logique veut que nous fassions de même en matière de procédure (1). » La commission de la chambre des représentants rétablit le vieux principe de la réciprocité, tout en déclarant que notre état social « exigeait impérieusement l'abandon des *méfiances* jalouses que chaque nation nourrissait jadis envers les souverains, les législateurs et les *juges* des nations voisines (2). » Et néanmoins la commission consacre ce système de *méfiance!*

Quelle sera, en l'absence d'un traité, la valeur des jugements rendus par les tribunaux étrangers et des actes reçus par les fonctionnaires? La loi ne parle pas des *actes*, et, quant aux jugements, elle dispose que les tribunaux belges en *connaissent*. Ainsi la révision porte sur le fond du litige; c'est la conséquence de la méfiance que le législateur témoigne aux tribunaux étrangers. Quels sont les jugements soumis à cette révision? La loi répond : les *décisions* rendues *par les juges étrangers*. Cela veut-il dire que l'on doit reviser toutes les décisions, même celles

(1) *Documents parlementaires*, chambre des représentants, session de 1869 à 1870, p. 189, n° XXII.

(2) *Documents parlementaires*, chambre des représentants, session de 1872 à 1873, p. 302 et 303.

qui ne comportent pas exécution forcée? Ce serait une profonde dérogation non. seulement au droit français, mais aussi aux vrais principes. En vertu de quel droit le législateur belge soumet-il à la révision les jugements portés par les tribunaux étrangers? Il n'y en a pas d'autre que le droit de souveraineté. C'est ce que disaient, en 1806, les orateurs du gouvernement et du Tribunat; or, la puissance souveraine s'exerce sur les hommes et sur les choses : si le jugement étranger n'est pas susceptible d'exécution forcée en Belgique, ni sur les personnes ni sur les biens, de quel droit la souveraineté interviendrait-elle pour juger de nouveau ce qui a déjà été jugé? Est-ce parce que la décision peut être mauvaise? Je demanderai qui nous a constitués juges de la justice étrangère? La loi belge ne parle pas des *actes* étrangers. Auront-ils *exécution* en Belgique sans être déclarés exécutoires? Cela est impossible. Le droit antérieur est donc maintenu; si l'article 10 n'en parle pas, c'est parce qu'il a pour objet de décider quels sont les jugements qui sont soumis à la révision. Or, on ne revise pas les actes : on les déclare exécutoires s'il y a lieu à exécution.

En définitive, la loi belge ne concerne que la révision; elle décide une question très controversée sous l'empire des codes français, celle de savoir si les jugements étrangers dont l'exécution est poursuivie en Belgique doivent être revisés. En droit, la révision devient la règle, puisqu'il faut un traité de réciprocité pour qu'il n'y ait point lieu à la révision. Les auteurs de la loi espéraient sans doute que les traités deviendraient la règle; jusqu'ici cet espoir ne s'est point réalisé.

N° 2. LES QUESTIONS D'ÉTAT.

I. *La doctrine.*

87. Les jugements ou actes étrangers concernant l'état des personnes sont-ils compris dans la règle qui exige que les jugements et actes étrangers soient rendus exécutoires? Je commencerai par exposer l'état de la doctrine

et de la jurisprudence. Notre science est un océan de doutes. On ne sait pas même quelle est la doctrine, ni quelle est la jurisprudence sur la question que je viens de poser. Si l'on en croyait le procureur général Dupin, la réponse serait très simple. « Les *auteurs*, dit-il, et la *jurisprudence, sont d'accord* pour reconnaître que les jugements rendus par les tribunaux étrangers, sur des *questions d'état* concernant la personne de leurs nationaux, n'ont pas besoin, pour produire leur effet, d'être rendus exécutoires par les tribunaux français (1). » Le conseiller-rapporteur, dans l'affaire du divorce, s'est prononcé dans le même sens : j'y reviendrai. M. le procureur général De Paepe, dans son discours de rentrée, pose la même question sous l'empire de la loi belge de 1876 : « L'article 10 prescrit-il de soumettre aux tribunaux belges les décisions rendues par les juges étrangers sur l'état et la capacité des sujets de leur pays ? » Après avoir constaté l'opinion affirmative de Merlin, de Fœlix et de Carré, M. De Paepe ajoute : « La doctrine et la jurisprudence française se sont, depuis longtemps, écartées de cette opinion. Elles admettent que les jugements des trinaux étrangers qui fixent ou modifient l'état ou la capacité d'un sujet de leur pays, ont le même effet en France que dans les pays où ils ont été rendus, sans qu'il soit nécessaire, au préalable, de les déclarer exécutoires par un tribunal français (2). » On le voit, le procureur général de Gand constate déjà un désaccord que Dupin avait oublié de mentionner ; cependant il est considérable, c'est d'abord le dissentiment de Merlin, le prince de nos jurisconsultes, c'est ensuite l'opinion de Fœlix, celui des auteurs français qui jouit de la plus grande autorité dans les matières de droit civil international. La jurisprudence française présente la même contrariété d'opinions, de sorte que l'accord général dont parlait Dupin menace de devenir un désaccord. Il n'y a que la jurisprudence des cours de Belgique qui soit constante : je crois qu'elle a

(1) Dupin, *Réquisitoire dans l'affaire du divorce* (Sirey, 1860, 1 210)
(2) De Paepe, *Discours prononcé à l'audience de rentrée du* 15 *octobre* 1879, p. 27.

consacré les vrais principes ; toutefois, à mon avis, il y a des distinctions à faire que je me permettrai de proposer après que j'aurai exposé l'état de la doctrine et de la jurisprudence en France et en Belgique.

88. Il importerait beaucoup de savoir quelle est la tradition dans une matière qui remonte à l'ancien droit. Appliquait-on l'ordonnance de 1629 aux jugements qui étaient rendus en pays étranger sur des questions d'état et aux actes qui y étaient reçus? Merlin cite comme ayant décidé l'affirmative des arrêts répétés dans l'affaire du prince Maximilien de Nassau. Voici les faits. Le prince de Nassau épousa à Paris, en 1711, Charlotte de Mailly de Nesle; en 1715, il rendit plainte en adultère contre sa femme devant le lieutenant criminel du Châtelet de Paris: il renouvela cette plainte en 1734; en 1722, la princesse était accouchée de son fils Maximilien; pendant la procédure en adultère, le prince fit un testament par lequel il institua héritière sa sœur, chanoinesse de Mons; il mourut dans le cours de l'instance. Le prince Maximilien tenait à la France par sa naissance et sa famille maternelle, et à l'Allemagne par son agnation et par ses droits à la branche catholique de Nassau. Il réclama d'abord le patrimoine de son père en Allemagne. Merlin observe que l'action tendait au délaissement des biens de son père situés en Allemagne; incidemment à la pétition d'hérédité, le conseil aulique eut à se prononcer sur l'exception d'illégitimité, opposée par les défendeurs. Un arrêt du conseil débouta le prince Maximilien de ses prétentions, comme enfant adultérin. Quel était l'objet du litige? Les biens paternels. Il était donc décidé que Maximilien n'y avait aucun droit. Le 17 janvier 1748, il vint à mourir inopinément, laissant une veuve, une fille et un fils. La veuve, nommée tutrice, réclama une terre située dans le Hainaut français, un des biens composant la succession maternelle. Un arrêt du parlement de Douai adjugea à la tutrice ladite terre. Il en résultait une contrariété de décisions judiciaires; mais, pour l'objet direct des deux procès, il y avait des causes différentes; l'arrêt du conseil aulique portait sur le patrimoine paternel du prince

Maximilien, et l'arrêt de Douai portait sur une partie du patrimoine maternel. Quant à la question de légitimité, elle n'avait été décidée qu'incidemment. Le grand oncle maternel des enfants, le marquis de Nesle, ayant refusé de reconnaître leur état, un nouveau procès s'engagea, sur la légitimité des enfants, devant le Châtelet de Paris. Après dix audiences, et sur délibéré, intervint une sentence qui déclara légitimes les enfants de Maximilien. Appel au parlement. La cause fut plaidée à la grand' chambre pendant huit audiences; l'arrêt, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Joly de Fleury, confirma la sentence du premier juge (1). Merlin cite l'opposition qui se trouve entre les arrêts des parlements de Paris et de Douai, d'une part, et l'arrêt du conseil aulique, d'autre part, comme une preuve que, dans l'ancien droit, comme sous l'empire du code de procédure, on suivait le principe éternel auquel l'article 546 n'a fait que donner une nouvelle sanction (2).

Je doute que l'on puisse tirer cette conséquence des arrêts rendus par les parlements de Paris et de Douai. Pour que l'on pût s'en prévaloir, il faudrait que l'on eût invoqué devant les cours de France la décision rendue par le conseil aulique, et que les parlements eussent jugé que cette décision n'avait aucun effet en France et y était considérée comme non avenue en vertu de l'ordonnance de 1629. Or, l'ordonnance de 1629 ne fut pas invoquée et elle ne pouvait l'être, car on ne demandait pas l'exécution en France de l'arrêt du conseil aulique. Qu'est-ce que le conseil aulique avait décidé? Que le prince Maximilien n'avait pas droit au patrimoine de son père. Or, personne ne contestait cela en France. Qu'est-ce que les parlements de Paris et de Douai décidèrent? Que ledit prince avait droit à telle terre située en France et faisant partie de l'héritage de sa mère. Il y avait, au fond, contrariété en ce qui concerne la légitimité, mais les parlements

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Jugement*, § XIV (t. IX, p. 130 et 131, de l'édition de Bruxelles).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Faillite*, section II, § II, art. X (t. XI, p. 414, de l'édition de Bruxelles).

ne déclarèrent pas que l'arrêt du conseil aulique était sans effet en France.

Il y a un témoignage bien plus direct qui prouve que dans l'ancien droit l'on ne songeait pas à appliquer l'ordonnance de 1629 aux questions d'état qui font l'objet du statut réel. Boullenois, dans le chapitre IV du titre II de son Traité, a une *Observation*, où il traite *De l'autorité et exécution dans le royaume des sentences, jugements et arrêts rendus dans les pays étrangers, en matière civile et vice versa* (1). Il commence par distinguer les jugements qui ont pour objet les personnes, et ceux qui ont pour objet les choses, c'est-à-dire les jugements qui statuent sur l'*état* et la *qualité* des personnes, et ceux qui statuent sur les choses, soit la propriété, soit la possession. Boullenois suppose qu'un jugement est intervenu, en matière personnelle, entre Français; il n'y a pas de difficulté, dit-il, ces jugements doivent être exécutés, sans nouvelle connaissance de cause, dans quelque endroit du monde où l'on en porte l'exécution. Boullenois invoque l'autorité de Bourgoingne, lequel pose en principe que les jugements qui interviennent n'ont d'autorité que dans l'étendue du territoire où ils sont rendus; mais, par exception, il donne force et autorité, même hors du territoire, aux jugements qui statuent sur l'état et la condition des personnes. Ainsi, si un Français est jugé en France être *prodigue*, s'il est jugé en démence, s'il est jugé noble ou roturier, majeur ou mineur, il doit être regardé comme tel dans toutes les juridictions du monde. D'Argentré, le chef des réalistes, en faisait une règle universelle. Boullenois applique le même principe au cas où les jugements ont été rendus entre étrangers : « J'estime, dit-il, qu'il faut s'en tenir à ce qui a été jugé entre eux, et que les jugements ne sont pas sujets à examen ». Boullenois ajoute une réserve : les jugements doivent être exécutés, dans toutes les juridictions du monde, « en obtenant les *permissions* dont il sera parlé ci-après. » Il entend par là la formalité du

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 603 et suiv.

pareatis, qui était exigé en France, même d'un parlement à l'autre, pour mettre un jugement à exécution, en saisissant les biens de la partie condamnée. Cette formalité n'avait pas de raison d'être pour les jugements concernant l'état des personnes, quand ils ne donnaient pas lieu à une exécution forcée.

Dans l'affaire célèbre du divorce jugée en 1860 par la cour de cassation de France sur les conclusions de Dupin, le conseiller-rapporteur Sévin, après avoir cité le témoignage de d'Argentré et de Boullenois, ajoute : « Tous nos jurisconsultes français ont pris ces règles pour base de leurs écrits; les plus autorisés, Loysel, Ricard, Lebrun, Duplessis, en font l'application aux matières qu'ils traitent; les parlements les maintiennent avec une jalouse vigilance; Bourjon les résume en quelques lignes, comme l'expression incontestée de la doctrine et de la jurisprudence de son temps. Le statut personnel suit la personne dans tel lieu qu'elle soit. C'est l'effet naturel du statut personnel qui milite, abstraction faite de la résidence de la personne, et qui la suit partout, c'est sa loi... Celui qui, par la loi de son domicile, est *interdit* ou *infâme* ou universellement *incapable* de disposer, porte partout avec lui cette infamie, cette interdiction, cette incapacité universelle.., et tel est le vrai statut personnel, loi qui influe sur sa capacité (1). »

Il serait facile de multiplier les témoignages sur l'effet des statuts personnels dont le caractère est précisément de dépasser les limites du territoire où ils ont été portés. Mais ces témoignages ne me paraissent pas aussi décisifs qu'on le croit généralement. Le statut personnel étend ses effets partout; mais autre est la question de savoir si les jugements qui interviennent en matière d'état ont partout effet. Ce que Bourjon dit n'a de rapport qu'au statut, il ne parle pas des jugements rendus en pays étranger. Quoi qu'il en soit, l'autorité de Boullenois suffit pour établir que l'ordonnance de 1629 n'empêchait point les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes d'être res-

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. Ier, p. 111.

pectés en France. Les parlements, comme Boullenois le dit, étaient intéressés à reconnaître les jugements étrangers en cette matière; c'était le seul moyen de donner autorité à leurs propres décisions dans les autres pays.

89. Merlin est d'un avis contraire, et son autorité est grande, dans une matière traditionnelle surtout. Il ne conteste pas le statut personnel; mais de ce que la loi étrangère détermine l'état d'une personne, est-ce à dire que le jugement d'un tribunal étranger qui fait l'application de cette loi à tel individu doit avoir en France (ou en Belgique) les mêmes effets que dans le pays où il a été porté, sans avoir été préalablement déclaré exécutoire par un tribunal français (ou belge), conformément à l'article 546 du code de procédure? « Le grand principe de l'ancien droit civil, ou plutôt le principe éternel du droit des gens, auquel l'article 546 du code de procédure n'a fait que donner une nouvelle sanction, est trop général pour ne pas s'appliquer aux jugements rendus sur des questions d'état comme aux jugements rendus sur d'autres matières. Il forme aussi un statut personnel, l'article 488 du code civil, qui fixe la majorité à vingt et un ans accomplis. Cependant, si un individu né et domicilié en France, mais possessionné dans le royaume des Pays-Bas, qui n'aurait point d'acte de naissance constatant son âge, était déclaré mineur par un jugement rendu en France, contradictoirement entre lui et le conseil de sa famille, qu'en conséquence il lui eût été nommé un tuteur, et que celui-ci voulût s'emparer de l'administration de ses biens situés à Bruxelles, il n'est pas douteux que cet individu ne fût recevable à faire juger de nouveau par le tribunal de cette ville s'il est réellement majeur ou mineur (1). »

Merlin invoque la généralité du principe en vertu duquel les jugements étrangers n'ont pas d'exécution hors du territoire. Sans doute, il n'appartient pas à l'interprète de créer des exceptions; mais il a le droit de renfermer

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Faillite*, section II. § II, art. X (t. XI. p. 413 et suiv., de l'édition de Bruxelles). Comparez Fœlix, *Droit internationa privé*, t. II, p. 108, n° 365.

les principes dans leurs limites en se fondant sur l'essence même du principe. Pourquoi les jugements étrangers n'ont-ils pas d'*exécution* en France? Parce que l'*exécution* suppose l'intervention de la puissance souveraine, qui commande à ses officiers d'*exécuter* la sentence en saisissant les biens. Le principe suppose donc une *exécution forcée;* or, les jugements concernant l'état peuvent ne pas avoir d'exécution par voie de saisie; dès lors le principe est inapplicable. Si, dans l'exemple donné par Merlin, un individu déclaré mineur par jugement contracte en pays étranger, peut-il se prévaloir à l'étranger de sa minorité? Oui; incapable en France, il est incapable partout.

90. Merlin a raison en disant que le statut personnel ne décide pas la question, comme on le dit généralement, et comme un magistrat, excellent jurisconsulte, l'a répété dans le discours de rentrée que j'ai déjà cité. « D'après l'article 3 du code civil, dit M. De Paepe, les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant à l'étranger. Cet article n'est qu'une application faite aux Français du principe du droit des gens suivant lequel l'état et la capacité des personnes sont régis partout, même à l'étranger, par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. Ce principe a pour corollaire que l'état et la capacité des étrangers sont réglés en France par les lois de leur nationalité. Il en est de même dans notre pays. La souveraineté de la Belgique n'a pas dans ses attributs de régler l'état et la capacité des étrangers. *Dès lors les tribunaux belges doivent accepter comme chose jugée les jugements rendus par les tribunaux étrangers sur l'état et la capacité des sujets de leur pays* (1). » La conséquence ne me paraît pas logique : elle fait dire à l'article 3 du code Napoléon ce qu'il ne dit point. Le statut personnel, tel qu'il est déterminé par la loi nationale d'une personne, la suit partout : voilà ce que dit l'article 3. Mais, dans notre débat, il ne s'agit pas de la *loi* étrangère, il s'agit d'un *jugement* rendu en vertu de

(1) De Paepe, procureur général, *Discours de rentrée*, p. 28.

cette loi sur une contestation en matière d'état : ce jugement a-t-il effet en Belgique? L'article 3 ne dit pas cela et il n'a pas pour objet de le dire. C'est l'article 546 du code de procédure, combiné avec le code civil (art. 2123), et avec l'ordonnance de 1629 qui est le terrain du débat. L'étranger invoque son statut personnel pour établir son état; il en a le droit en vertu de l'article 3; mais si cet état résulte d'un jugement, on peut lui opposer que ce jugement est sans effet en vertu de l'article 546 du code de procédure; il devra donc écarter cette disposition en prouvant qu'elle ne lui est pas applicable.

La preuve, je viens de la faire. Et c'est aussi en ce sens qu'Aubry et Rau s'expriment : « Un jugement d'interdiction n'a pas besoin d'être rendu exécutoire en France lorsqu'il n'est invoqué que comme modifiant la *capacité de l'interdit*, et qu'on n'en poursuit pas l'*exécution forcée* dans le sens des articles 2123 du code Napoléon et 546 du code de procédure civile. La même observation s'applique aux jugements qui portent nomination de conseil judiciaire. Les décisions judiciaires de cette espèce présentent, en effet, ce caractère tout particulier, qu'à la différence des jugements ordinaires, elles ne confèrent par elles-mêmes aucun droit individuel à celui qui les a provoqués, et ne constituent pas titre en sa faveur : la procédure a pour objet de rechercher et de constater des faits auxquels la loi, dans des vues d'intérêt général, attache une restriction de capacité. Les jugements qui déclarent l'existence de ces faits, et qui, par leur nature et par leur objet, *se confondent en quelque sorte avec le statut personnel des individus qu'ils concernent*, peuvent, quoique rendus à l'étranger, être invoqués en France à titre de *preuve* (1). »

Je n'aime pas les *en quelque sorte* dans notre science; les jugements en matière d'état se confondent-ils réellement avec le statut personnel, alors l'argumentation d'Aubry

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 96, note 35 de la 4e édition. Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 114, no 103. Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 108, note *a*. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de code Napoléon*, t. Ier, p. 127, no 157.

et Rau est inutile, l'article 3 du code Napoléon décide le débat; et si ces jugements ne se confondent pas avec le statut personnel, alors il faut prouver qu'il résulte de la nature même de ces jugements, qu'ils ont effet, et en quel sens, hors du territoire. Qu'est-ce que le jugement d'interdiction? N'est-ce qu'une *preuve* de l'*état* de l'*interdit*, comme le disent les savants éditeurs de Zachariæ? Le jugement fait plus que constater la folie, il prive l'aliéné de l'exercice de tous ses droits; il change donc l'état de la personne et remplace un état de capacité par un état d'incapacité. Puis, en vertu de ce jugement, l'interdit est mis sous tutelle, et un tuteur lui est nommé par le conseil de famille. Il y a là divers ordres de faits qu'il faut se garder de confondre. La mise sous tutelle et les pouvoirs du tuteur sont-ils un simple fait, qui, une fois prouvé, produira partout ses effets? Non, certes. Pour qu'un majeur soit mis sous tutelle, il faut qu'il soit privé de l'exercice de ses droits; cette privation n'est pas un fait, c'est l'exercice d'un pouvoir dont la loi investit les tribunaux. C'est donc comme organe de la puissance publique que le tribunal interdit le majeur qui se trouve dans un état habituel de folie. La difficulté revient : est-ce qu'un jugement qui est rendu en vertu du pouvoir souverain délégué aux tribunaux peut produire ses effets hors du territoire sur lequel s'exerce la souveraineté? Pour répondre à la question, il faut voir quel est le motif pour lequel les jugements n'ont pas d'exécution hors du territoire. C'est que l'exécution sur les biens est un acte de puissance. Le jugement d'interdiction par lui-même ne donne aucun droit au demandeur, comme le disent très bien MM. Aubry et Rau; donc il ne tombe pas sous l'application des lois qui exigent que les jugements étrangers soient déclarés *exécutoires*. Je viens de dire que la privation de l'exercice des droits civils est un acte de puissance. Sur quoi se fonde cet acte? On dit que c'est sur l'état physique de l'aliéné. Il est vrai que le tribunal ne crée pas l'incapacité, il la déclare, elle résulte de la maladie mentale de celui qui est interdit; l'interdiction ne fait que constater l'incapacité de fait qui empêche l'aliéné de veiller à ses inté-

rêts. Cependant elle y ajoute une présomption d'incapacité, qui est absolue, en ce sens que l'on n'est pas admis à prouver que l'aliéné se trouvait dans un intervalle lucide. Tel est du moins le système du code Napoléon qui est aussi le nôtre, et le code italien l'a reproduit. Reste à savoir si la puissance souveraine du pays où l'interdit se prévaut de son incapacité est intéressée à ce que le jugement d'interdiction soit rendu exécutoire. Il n'y a rien à exécuter, on le suppose; il n'y a qu'à reconnaître l'état de l'aliéné, tel qu'il est déterminé par le jugement, puis à appliquer la loi étrangère. Dira-t-on que le jugement doit être revisé pour avoir un effet quelconque hors du territoire? Je réponds que la puissance souveraine du pays où le jugement est invoqué n'a aucun intérêt à exiger cette révision; son autorité n'est pas engagée dans ce débat, puisqu'il s'agit de l'incapacité d'un particulier, ce qui est une affaire d'intérêt privé; et il est impossible que l'état de l'aliéné soit mieux apprécié hors du territoire où le jugement a été rendu qu'il ne l'a été dans le pays même où l'interdiction a été prononcée. Il n'y a donc aucun motif de reviser le jugement; dès lors rien n'empêche qu'il produise effet partout, comme le disent tous les anciens jurisconsultes, ceux-là mêmes qui tenaient le plus à la souveraineté territoriale.

Le jugement d'interdiction a encore un autre effet, c'est la mise sous tutelle de l'interdit, et le droit pour le tuteur d'administrer ses biens et de le représenter dans tous les actes civils. Cette conséquence du jugement d'interdiction est-elle de nature à rendre nécessaire la révision du jugement, ou du moins à exiger qu'il soit rendu exécutoire? Le tuteur, en tant qu'il représente l'interdit, est un mandataire, c'est l'interdit qui agit réellement; mais, comme il n'a point l'usage de ses facultés, la loi lui nomme un mandataire; faut-il que cette nomination d'un mandataire, pour avoir effet hors du territoire, soit revisée ou du moins rendue exécutoire? Je viens de dire qu'il n'y a rien à reviser ni à rendre exécutoire en ce qui concerne l'incapacité qui frappe l'interdit; or, la nomination du tuteur est la conséquence forcée de l'interdiction. C'est la protection

que le législateur accorde à un incapable : cette protection doit être admise partout, telle que le statut personnel l'organise. Vainement dirait-on que le jugement a effet quant aux biens, puisque l'administration passe au tuteur. Cela ne prouve pas qu'il faille rendre la nomination exécutoire ou la reviser. De ce que le tuteur *administre* les biens, on ne peut pas induire que le jugement a une *exécution forcée sur les biens;* dès lors on ne se trouve plus dans le texte ni dans l'esprit des lois qui veulent que les jugements étrangers soient rendus exécutoires en France.

91. Aubry et Rau ne disent point, d'une manière absolue, que les jugements étrangers, sur les questions d'état, ont en France la même force que dans le pays où ils ont été rendus. D'abord ils admettent une exception en faveur des tiers Français qui ont traité de bonne foi avec l'interdit, c'est-à-dire dans l'ignorance tant de l'existence du jugement d'interdiction que des faits sur lesquels il est fondé. Dans ce cas, disent-ils, le juge français, saisi d'une contestation relative à la validité d'une convention passée par un Français avec un étranger interdit, *pourrait* et *devrait* faire abstraction du jugement rendu à l'étranger. C'est la doctrine de l'intérêt français ; j'ai combattu le principe (1), et je ne puis accepter l'application qu'on en fait en matière d'interdiction, ni au cas où l'étranger serait pourvu d'un conseil judiciaire. L'intérêt des tiers ne peut pas légitimer une exception apportée à la loi. Aubry et Rau disent qu'obliger le Français qui veut traiter avec un étranger de s'enquérir des jugements qui peuvent avoir modifié sa capacité, ce serait, *en quelque sorte*, leur interdire tout commerce avec les étrangers. Cette considération regarde le législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, ce que la loi pourrait et devrait faire pour sauvegarder l'intérêt des tiers (2).

92. Aubry et Rau ajoutent une autre restriction à leur doctrine sur l'autorité des jugements étrangers. Lors

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 82, nos 48-51.
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, nos 92-96.

même, disent-ils, que le Français qui traite avec un étranger aurait eu connaissance du jugement qui modifie sa capacité, il serait toujours admis à *contester*, soit la *réalité* des *faits* déclarés *constants* par le juge étranger, soit l'*exactitude* des *conséquences légales* qu'il en a déduites. « En effet, aucun jugement émané d'un juge étranger n'a en France l'autorité de la chose jugée, peu importe qu'il ait statué sur une question de droit ou sur un point de fait. Le Français contre lequel on invoque un pareil jugement devant un tribunal français est toujours admis à le soumettre à un nouveau débat. Les décisions qui modifient la capacité d'une personne ne forment point exception à cette règle (1). »

On voit ce que devient l'accord unanime des auteurs sur la question que je discute. Voilà Aubry et Rau que l'on cite comme admettant l'autorité des jugements étrangers concernant l'état des personnes, qui soutiennent l'opinion de Merlin et de Fœlix, lesquels enseignent qu'il n'y a aucune différence entre les question d'état et les autres matières. Dès qu'un Français est en cause dans un débat porté devant un tribunal français, il peut demander la révision du fond, les jugements étrangers n'ayant point force de chose jugée en France. C'est le principe de l'ordonnance de 1629, aggravé par l'interprétation qu'on lui donne ; il n'est plus question de l'exécution forcée des jugements étrangers sur les biens ; on les écarte, par cela seul qu'ils sont émanés d'un tribunal étranger, si un Français le demande. A l'étranger, on en fera de même, par voie de rétorsion, contre les Français. Que devient alors l'autorité des jugements ? Elle est circonscrite dans les limites du territoire où ils ont été rendus.

93. Je n'admets point que, dans un intérêt privé, on écarte les jugements étrangers, en les considérant comme non avenus en France, dès qu'un Français le demande, bien entendu en matière d'*état* ; c'est la seule question que

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 98 et note 39 (4e édition). Ils citent Merlin et Fœlix et les arrêts que je rapporterai en exposant la jurisprudence.

j'entends traiter ici. Il en est autrement quand les jugements étrangers sont en conflit avec un droit de la société dans le pays où on les invoque. Le statut personnel est dominé par la loi territoriale, quand il est en opposition avec le droit de la société; par identité de raison, les jugements rendus en matière d'état ne peuvent pas être invoqués en France lorsqu'ils sont en opposition avec le droit public français, en prenant ces mots dans leur acception la plus large, comme synonymes de l'expression traditionnelle de statut réel. Cette restriction à l'autorité des jugements étrangers est aussi admise par M. De Paepe, dans son excellent discours. Il dit qu'elle résulte de l'article 3 du code Napoléon, que l'on invoque d'ordinaire pour établir l'autorité des jugements étrangers en matière d'état : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Je ne fonde pas l'autorité des jugements étrangers sur l'article 3; mais on peut se prévaloir du principe qu'il établit, quant aux lois d'intérêt général, en l'interprétant par la tradition : dès qu'un statut ou un jugement étrangers sont contraires à notre droit public, ils perdent toute autorité, car en les reconnaissant, on compromettrait l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société. Or dans le conflit entre le droit de la société et les droits des individus, le droit de la société l'emporte. C'est le principe que j'ai suivi dans tous le cours de ces Etudes. La cour de Bruxelles a appliqué ce principe dans une espèce où il s'agissait de la mort civile encourue par un jugement étranger; il a été très bien jugé que la Constitution belge abolissant la mort civile dans les termes les plus absolus et les plus énergiques, les jugements qui la prononcent ne pouvaient avoir aucun effet en Belgique (1).

M. De Paepe ajoute une autre restriction à son opinion, qui, en apparence, se rapproche de la doctrine d'Aubry et Rau que je me suis permis de combattre. « Dans les contestations portées devant eux, dit-il, les tribunaux belges

(1) Bruxelles, 18 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, p. 206). De Paepe, *Discours de rentrée*, p. 28 et suiv.

doivent respecter l'autorité des jugements rendus par les tribunaux étrangers, en tant qu'ils se bornent à statuer sur l'état et la capacité des personnes qui appartiennent à leur nation, mais les conséquences déduites par les juges étrangers de l'état ou de la capacité qu'ils leur reconnaissent, si l'*exécution* en est poursuivie en Belgique *contre les personnes* ou *sur les biens*, sont soumises à l'appréciation des tribunaux belges. » J'admets cette restriction, en tant qu'il s'agit d'exécuter un jugement étranger sur les *biens* situés en Belgique; le jugement ne peut être *exécuté* en Belgique, puisqu'il n'est pas *exécutoire;* il ne le devient que par un jugement ou par un traité. Mais quand il ne s'agit pas de l'*exécution forcée* d'un jugement étranger, il ne peut pas être écarté, comme le disent Aubry et Rau, par la raison qu'il n'a pas l'autorité de chose jugée; les jugements ont cette autorité en matière d'état, mais ils n'ont pas l'exécution.

94. Reste à savoir si cette doctrine est compatible avec la loi belge de 1876. M. De Paepe fait à cet égard une observation qui me paraît décisive. La loi de 1876, article 10, ne s'occupe que de la compétence; elle attribue aux tribunaux de première instance la connaissance des décisions rendues par les juges étrangers en matière civile et en matière commerciale. Le but du législateur n'a pas été de décider quels sont les jugements rendus par un tribunal étranger qui doivent être soumis à l'examen du juge belge; or, on ne peut pas dire que la loi a décidé une difficulté qu'elle n'a pas prévue. Vainement invoquerait-on les termes généraux de la loi; quelque généraux qu'ils soient, on ne doit les appliquer que dans le sens que le législateur leur a donné; il n'est jamais permis de faire dire au législateur ce qu'il n'a pas voulu dire; et il n'a certes pas pu vouloir décider une difficulté qu'il n'entrait pas dans l'objet de la loi de trancher; et de fait il n'en a rien été dit ni dans les rapports des commissions ni dans les discussions. La question reste donc entière. Il serait à désirer que le nouveau code de procédure mît fin aux incertitudes que je viens de signaler, et que nous allons retrouver dans la jurisprudence, en remplaçant l'article 546

du code français par une disposition plus explicite. Mais tant qu'il n'y aura pas de loi nouvelle, les anciens principes subsistent.

II. *La jurisprudence.*

95. La jurisprudence de la cour de cassation de France est favorable à l'opinion que je soutiens dans cette Etude. Dans la distribution par contribution ouverte sur le sieur Eugène de Talleyrand, pourvu d'un conseil judiciaire, se présenta un bijoutier de Londres qui réclama une somme de 205,833 francs. Cette créance fut, sur la demande des héritiers de Talleyrand, réduite à 33,850 francs. Appel du créancier. Il soutient que le jugement nommant un conseil judiciaire à son débiteur ne pouvait lui être opposé, attendu qu'en sa qualité d'étranger traitant avec le prodigue en pays étranger, il avait ignoré l'existence de ce jugement. Arrêt de la cour de Paris qui décide que « les règles qui déterminent la capacité de contracter et de s'obliger tiennent au statut personnel, qui suit les Français en quelque lieu qu'ils se trouvent ». Pourvoi, et arrêt de rejet; « Attendu qu'aux termes de l'article 3 du code Napoléon, les lois qui règlent la capacité des personnes régissent le Français, en quelque pays qu'il réside; qu'il en est *évidemment* de même des *jugements* qui, par application des lois, *constatent* les *modifications plus ou moins profondes* que peut subir la *capacité* des personnes; qu'en décidant que l'incapacité résultant de la nomination du conseil judiciaire donné en France à Eugène de Talleyrand-Périgord était opposable même aux sujets anglais et pour des engagements contractés à Londres, l'arrêt n'a fait qu'appliquer aux faits de la cause un principe de droit *incontestable* (1). » La décision est conçue en termes absolus; mais il faut avouer qu'elle n'a pas une grande autorité, car la cour se borne à affirmer, en disant qu'il est *évident* et *incontestable*, que les *jugements* rendus à l'étranger ont le même effet que les lois personnelles en

(1) Rejet, 6 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 267).

vertu desquelles ils sont portés. Mieux eût valu prouver l'*évidence*, car on peut très bien contester l'identité du *jugement* et de la *loi*.

96. Il y a un arrêt de cassation, en matière de divorce, qui a une plus grande importance, à raison de la doctrine professée par le procureur général Dupin et par Sevin, conseiller rapporteur. J'ai déjà cité l'opinion de Dupin (nº 88). « On connaît, dit-il, la célèbre distinction entre les statuts réels et les statuts personnels. Suivant cette distinction les biens sont soumis invariablement à la loi de leur situation, et, par conséquent, les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française (C. Nap., art. 3). Mais les personnes sont régies, quant à leur état, par la loi de leur origine; par suite, l'étranger est régi, en ce qui touche son état et sa capacité, par les lois de la nation à laquelle il appartient. Ce principe s'applique aux jugements rendus par des tribunaux étrangers sur des questions d'état, concernant la personne de leurs nationaux; ils n'ont pas besoin, pour produire leur effet, d'être rendus exécutoires par des tribunaux français. »

Le conseiller rapporteur, Sevin, développe cette doctrine. Il admet le principe, que les limites territoriales d'une nation sont les limites naturelles données à l'autorité de ses lois. Ce principe reçoit une confirmation plutôt qu'une exception de la distinction fondamentale établie entre les lois personnelles et les lois réelles. Si les premières ont force et vigueur hors du territoire où elles ont été édictées, c'est que, constituant l'état des personnes, elles s'attachent à ces personnes, les suivent en tous lieux, comme une émanation toujours présente du pouvoir souverain qui a conféré à la personne de son sujet telle capacité, telle incapacité, *tel état civil indélébile*, et que doivent respecter, en quelque lieu que ce soit, tous ceux qui ne peuvent toucher à la souveraineté d'origine qui a agi dans la limite de ses pouvoirs. Le rapporteur applique ensuite ce principe aux jugements qui prononcent la nullité ou la dissolution du mariage par le divorce. La nullité ou la dissolution du mariage est prononcée par un

tribunal étranger, entre étrangers, et conformément à la loi étrangère. Ce jugement rendu par le juge compétent, en vertu de la loi personnelle des parties, devra être respecté partout, comme un fait légalement accompli. Faudra-t-il donner aux tribunaux français un droit de contrôle sur les décisions souverainement rendues par des tribunaux étrangers, dans la limite de leur compétence nationale? Ce serait une usurpation de souveraineté. Aussi est-il universellement admis que de pareils jugements ne sont pas de ceux qui ont besoin de la sanction de l'autorité française pour devenir exécutoires, *en ce qui concerne les biens qui se trouvent en France.* « Ce sont, dit M. Demolombe, des jugements qui, constitutifs de l'état des personnes, doivent avoir en France le même effet que la loi personnelle, en vertu de laquelle ils ont été rendus. » Ajoutons que si les tribunaux français pouvaient s'emparer du droit de révision sur de semblables jugements, ils ne pourraient l'exercer qu'en se conformant à la loi étrangère, au statut personnel sous lequel le mariage aurait été contracté et dissous. On revient donc toujours à cette consécration inévitable du respect dû à la loi personnelle en vertu de laquelle ils ont été rendus. »

Le procureur général et le conseiller rapporteur restent sur le terrain de l'article 3 du code Napoléon. Ainsi s'explique ce qu'ils disent de l'opinion unanime des auteurs; tous admettent, en effet, le statut personnel de l'étranger; mais autre est la question de savoir si les jugements relatifs à cet état ont effet en France; sur ce point, Merlin et Fœlix, cités par Sevin, sont d'un avis contraire au sien, et Aubry et Rau eux-mêmes sont loin d'admettre avec le rapporteur que les jugements étrangers rendus en matière d'état ont effet *sur les biens situés en France.* Reste à savoir quelle est la doctrine de la cour de cassation. Elle se borne à établir que la capacité de se marier est régie par la loi personnelle de l'étranger; que l'étranger légalement divorcé, étant capable, dans son pays, de contracter un nouveau mariage, est par cela même capable de se remarier en France; le jugement qui a prononcé le divorce à l'étranger n'est qu'une question de preuve.

La cour de cassation cite l'article 3 du code Napoléon; tout ce qu'elle en conclut, c'est que la preuve de la dissolution du premier mariage est faite lorsque l'étranger établit que son mariage a été dissous dans les formes et selon les lois du pays dont il est le sujet (1). Elle ne parle pas des jugements concernant l'état et de la force qu'ils ont en France. L'arrêt ne décide donc pas la question que nous discutons, du moins en termes formels.

97. La jurisprudence des cours d'appel est divisée et incertaine. En 1833, le duc Charles de Brunswick assigna devant le tribunal correctionnel de la Seine l'agent diplomatique du duché de Brunswick, pour délit de diffamation; le défendeur proposa une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction du duc Charles; rejetée en première instance, cette exception fut reproduite en appel. La décision prise par le conseil des agnats du prince, formé du roi d'Angleterre, comme chef de la maison de Hanovre, et du duc Guillaume de Brunswick, décision à laquelle ont adhéré les frères du roi d'Angleterre est, a-t-on dit, un véritable jugement, or, le statut personnel suit l'étranger en France, sans qu'il soit nécessaire de faire rendre exécutoire par les tribunaux français le jugement d'interdiction; les articles 2123 et 2128 du code civil, et l'article 546 du code de procédure civile ne sont pas applicables à l'espèce, par la raison que l'appelant ne demande pas à exécuter contre le prince un jugement relatif soit à une condamnation pécuniaire, soit à une hypothèque, qu'il n'y a d'autre question engagée que celle sur le statut personnel. Voilà la question nettement posée. Le duc Charles répondait qu'il ne s'agissait pas d'un jugement, mais d'un acte émané de princes étrangers qui l'ont dépouillé de ses propriétés. Arrêt confirmatif : « Attendu que, quelle que soit la nature de l'acte invoqué, il ne saurait recevoir d'exécution en France qu'après avoir été déclaré exécutoire en connaissance de cause (2). » L'arrêt est une simple affirmation, sans aucune valeur doctrinale.

(1) Cassation, 28 février 1860 (Sirey, 1860, 1, 210).
(2) Paris, 18 septembre 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 465, 2°).

La même question se représenta, devant la cour de Paris, sur une action intentée par le duc de Cambridge, comme curateur du duc Charles; le tribunal de la Seine, et sur appel, la cour de Paris, décidèrent que l'acte des 6-14 mars 1833 qui interdisait le duc Charles de Brunswick, « par sa forme, par l'autorité dont il émane, par la personne à laquelle il s'applique, par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, par les motifs sur lesquels il est fondé, est un acte essentiellement politique, dont les effets ne peuvent se régler par le droit civil; qu'un acte de cette nature ne peut affecter la capacité civile d'un étranger en France et n'y peut recevoir aucune exécution (1). » La décision ainsi motivée est étrangère à la question que nous examinons; c'est pour cette raison que je laisse de côté la critique que Fœlix a faite de l'arrêt de Paris (2); à mon avis, la cour a très bien apprécié le prétendu jugement d'interdiction.

98. Un arrêt récent, rendu, dans une véritable question d'état, par la cour de Pau, a décidé la question en termes formels contre l'opinion que j'ai soutenue. Un jugement rendu en Espagne, par le tribunal de première instance du district de Pampelune, reconnaît la qualité de fille naturelle à Maria-Dolorès Galharaga; en vertu de ce jugement, celle-ci demande sa part dans la succession de son père. Ses adversaires refusèrent de reconnaître l'autorité d'un jugement étranger non rendu exécutoire en France. Il y a donc lieu, dit la cour, d'examiner si le jugement qui sert de fondement à l'action peut se suffire à lui-même, sauf, dans le cas de la négation, à lui donner, s'il y a lieu, le complément qui lui manque pour sortir effet en France. La cour rappelle le principe consacré par le code civil (art. 2123) et le code de procédure (art. 546), que les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'ont par eux-mêmes, en France, ni la force exécutoire, ni l'autorité de la chose jugée. Ici j'arrête la cour; elle fait dire aux articles précités plus qu'ils ne

(1) Paris, 16 janvier 1836 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 466).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 212-214 de la 4e édition).

disent; ils parlent de la *force exécutoire*, et non de l'autorité de la chose jugée; voilà pourquoi un traité peut donner la force exécutoire aux jugements étrangers, celle-ci dépendant du pouvoir exécutif; tandis qu'on ne conçoit pas qu'un traité leur donne l'autorité de la chose jugée, le chef du pouvoir exécutif n'étant pas juge. La cour dit que cette règle de droit public, établie déjà par l'ancienne législation, est une conséquence de l'*indépendance des Etats*. Si tel est l'unique fondement de la règle, elle repose sur une base peu solide. En effet, on ne renonce pas à l'indépendance, ce serait abdiquer la puissance souveraine, ou l'altérer, ce qui est incompatible avec la notion de la souveraineté. Cependant on admet, et la loi belge de 1876 le dit formellement, que les traités peuvent rendre les jugements étrangers exécutoires, sans qu'ils aient été déclarés tels par les tribunaux. Cela est contradictoire dans les termes. Ce que la cour ajoute confirme ma critique : « Aux *tribunaux français* est attribuée la mission de donner, s'il y a lieu, aux décisions de la justice étrangère l'autorité et la force qu'elles n'ont pas par elles-mêmes, ce qui implique le *devoir*, pour eux, de vérifier ces décisions, tant en la *forme* qu'au *fond*. » Je comprends que les tribunaux revisent les *jugements étrangers* au *fond* et en la *forme*. Mais je ne comprends pas qu'un traité, fût-il sanctionné par le pouvoir législatif, revise d'avance tous les jugements à venir; cela est plus que contradictoire, cela est absurde. L'absurdité témoigne contre le principe que la cour défend.

La cour arrive à la question des jugements étrangers rendus sur des questions d'état. Elle pose en principe « que la *règle* est *absolue*, qu'elle ne comporte aucune distinction, ni de personnes, ni de matières, puisant son unique raison d'être dans l'extranéité du pouvoir qui a statué ». Le seul motif que la cour donne de ce principe, c'est que les textes qui formulent la règle sont conçus en *termes généraux*. Il faudrait prouver de plus que l'exception ne résulte pas de la nature même de la règle. La doctrine et la jurisprudence admettent bien des exceptions, malgré les termes généraux de la

loi (1); il ne suffit donc pas de dire : les termes sont généraux. Cela s'appelle appliquer les principes mécaniquement; s'il est vrai que les principes, c'est tout le droit, il ne faut jamais perdre de vue que les motifs sont tout le principe, son essence et son âme. La cour conclut que la règle est applicable aux décisions relatives à des questions d'état, comme à toutes les autres. On objecte l'article 3 du code Napoléon. La cour répond, et ici elle a raison, que cet article ne décide pas la difficulté. Il est certain que l'état d'une personne est régi par les lois de sa nation, et que les tribunaux français doivent, le cas échéant, juger d'après les lois étrangères les questions relatives à l'état des étrangers; mais de là ne suit pas qu'ils doivent nécessairement accepter le jugement que les tribunaux français ont porté sur cet état, et moins encore que ces jugements aient par eux-mêmes, en France, l'autorité de la chose jugée. Cela est très vrai. Reste à voir si la nature même des questions d'état n'implique pas que les jugements rendus par les tribunaux étrangers doivent avoir effet en France. J'ai examiné la question sous toutes ses faces, et j'ai fait valoir cette considération que les jugements rendus à l'étranger, entre étrangers et d'après les lois étrangères, ont une autorité que ne peuvent avoir les jugements de révision qui seraient portés en France. La cour de Pau avoue que la vérification des tribunaux français devra être plus que circonspecte quand il s'agira d'étrangers jugés par les tribunaux de leur pays et ayant fait l'application de lois étrangères; que, dans tous les cas, les *faits constatés* devront être *présumés exacts*, les *formes* bien *observées*, et le *droit* bien *appliqué;* qu'en un mot une *présomption de bien-jugé* devra s'attacher à la *décision étrangère*, tant que la preuve du contraire ne sera pas rapportée; mais que tous les *ménagements* que le *bon sens* aussi bien que les *convenances réciproques des nations* commandent d'apporter dans l'exercice de la mission con-

(1) Voyez les exemples cités dans la Table des matières de mes *Principes de droit civil*, au mot *Exception*.

férée aux tribunaux, ne sauraient aller jusqu'à effacer cette mission (1).

Il y a bien des choses à dire sur cet aveu de la cour. Elle reconnaît qu'il y a une différence entre les questions d'état et les autres matières; et cette différence est telle, que les motifs qui empêchent d'accorder aux jugements l'autorité de chose jugée viennent à tomber, quand il s'agit d'une décision concernant l'état d'un étranger. On présume, dit la cour, que les *faits* sont *exacts* et le *droit bien appliqué*. Est-ce qu'on présume aussi que les jugements étrangers, en général, sont bien rendus? Loin de là, c'est parce qu'on suppose qu'il peut y avoir *mal-jugé* qu'ils sont soumis à révision, et considérés comme non avenus. D'où vient cette différence entre des jugements rendus par les mêmes juges? C'est que l'état des personnes dépend des conditions intellectuelles, morales, physiques même du pays où le débat s'élève; et qui est le meilleur juge de ces faits? Certainement le juge local. C'est la raison que les tribunaux français allèguent pour se déclarer incompétents, dans les procès concernant l'état d'un étranger; ils le renvoient devant les tribunaux de son pays. Ces tribunaux prononcent. Puis on invoque leur décision devant la justice française. Voilà les tribunaux français saisis de nouveau d'une question d'état, qu'ils ont refusé de juger. Que feront-ils? Logiquement ils devraient se déclarer incompétents pour *reviser*, comme ils se sont déclarés incompétents pour *juger*. Mais s'ils se déclarent incompétents, il en résultera que l'étranger sera sans état en France! Conséquence souverainement absurde. Il n'y a qu'un moyen d'y échapper, dans le système de la jurisprudence française, c'est de reconnaître les jugements étrangers, en matière d'état.

L'arrêt de la cour de Pau soulève encore une question sur laquelle il y a doute. Qu'entend-on par *force exécutoire* et par *exécution* en cette matière? Les auteurs sont loin de s'accorder sur ce point, qui est cependant essentiel. J'ai cité l'opinion d'Aubry et Rau (n° 92) en la combattant.

(1) Pau, 17 janvier 1872 (Sirey, 1875, 2, 233).

M. De Paepe fait aussi une restriction, que je reproduis : « Les conséquences déduites *par les juges étrangers* de l'état qu'ils constatent, si l'*exécution* en est poursuivie en Belgique *contre les personnes* ou *sur les biens*, sont soumises à l'appréciation des tribunaux belges. » Dans l'espèce jugée par la cour de Pau, le tribunal espagnol n'avait déduit aucune conséquence de l'état; mais sa décision sur l'*état* entraînait-elle pour les tribunaux français l'obligation de l'appliquer, en ce sens qu'ils devaient reconnaître à l'enfant naturel les droits attachés à sa filiation? A mon avis, oui, et tel paraît aussi être l'avis de M. Sevin (n° 96). Ce n'est pas là donner *exécution forcée* au jugement étranger, puisqu'il n'a rien statué sur la succession à laquelle l'enfant naturel se présenta; on ne peut donc pas dire qu'on *exécutait* ce jugement en France contre les personnes ou sur les biens. L'état seul était en cause devant le tribunal espagnol, mais l'état n'est pas une abstraction; il est inséparable des droits qui y sont attachés. Toujours est-il qu'il y a là un nouveau doute.

99. Je passe à la jurisprudence belge. M. De Paepe dit dans son discours : « En Belgique, malgré toute l'autorité dont Merlin y a toujours joui, son opinion n'a jamais été suivie, et non sans raison, car elle méconnaît les principes sur le statut personnel. » Je n'oserais pas dire que Merlin méconnaît le statut personnel; il met les jugements concernant l'état sur la même ligne que les autres jugements. Nous allons voir ce que décident nos cours.

Une faillite est déclarée par le tribunal de commerce de Lille. Le syndic poursuit devant le tribunal d'Ypres le payement d'une créance appartenant au failli. On lui oppose l'arrêté-loi du 9 septembre 1814 qui, plus rigoureux que le code civil (art. 2123) et le code de procédure civile (art. 546), dispose que les jugements rendus en France n'auront *aucun effet* en Belgique. La cour de Bruxelles décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les lois qui concernent la force exécutoire des jugements étrangers, parce que, dans l'espèce, il s'agit d'une question d'état régie par le statut personnel de l'incapable. Il est

vrai que le failli n'est pas un incapable comme le mineur ou l'interdit; toutefois la faillite entraîne une dévolution de ses meubles, actions et droits à ses créanciers; son actif, en quelque lieu qu'il soit, est censé faire partie de la fortune mobilière du domicile du failli : la masse acquiert la possession dont le failli est dépossédé. Partant, il y a lieu d'appliquer les principes relatifs au statut personnel. Or, dans les questions d'état, il n'y a aucune poursuite exécutoire en vertu d'un titre paré obtenu à l'étranger contre un débiteur belge, « ce qui seul forme l'objet des prohibitions prononcées par l'arrêté de 1814, ainsi que par le code civil et le code de procédure (1). » C'est là le principe que j'ai soutenu dans cette Etude. Seulement je doute qu'il soit applicable à la faillite, qui emporte un dessaisissement de biens plutôt qu'une incapacité.

L'appelant avait proposé un autre moyen d'écarter les lois qui refusent toute exécution aux jugements étrangers. La loi constitue la généralité des créanciers procureur en son propre intérêt, pour opérer le recouvrement des créances du failli par le ministère des syndics. C'est comme si un Français donnait mandat à un autre pour agir contre un débiteur belge devant les tribunaux du royaume des Pays-Bas. Et une procuration n'est certainement pas soumise aux lois qui refusent exécution aux jugements étrangers. Merlin s'est emparé de ce moyen pour soutenir que l'arrêt de Bruxelles était bien rendu au fond, mais mal motivé. Dans son opinion, l'arrêté-loi de 1814 ainsi que l'article 2123 du code civil et l'article 546 du code de procédure sont applicables en toute matière, pourvu qu'il y ait un jugement; or, le jugement qui déclare la faillite est plutôt un mandat donné par le tribunal de commerce, au nom des créanciers du failli; et il est de principe que les procurations données dans les formes requises par les lois du lieu où elles se passent, ont leur effet partout. « Aussi ne s'est-on jamais avisé de prétendre, dit Merlin,

(1) Bruxelles, 21 juin 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 162). Comparez l'arrêt de la même cour du 19 juillet 1823.

que le tuteur nommé à un mineur ou à un interdit, par le juge de son domicile, ne pût agir dans un pays étranger contre les débiteurs de l'un ou de l'autre, qu'après avoir fait déclarer le jugement de sa nomination exécutoire dans ce pays (1). »

S'il est vrai, comme le dit Merlin, que les lois qui déclarent sans exécution les jugements étrangers sont générales et applicables à tout jugement, la distinction qu'il fait entre les décisions judiciaires qui constituent un mandat, et les autres, est très contestable; ce n'est, à vrai dire, qu'une subtilité. Une procuration, sans doute, reçoit son effet partout; mais pourquoi? Parce que c'est une convention, et les contrats n'ont rien de commun avec l'autorité souveraine du pays où on les exécute, sauf quand on veut les exécuter sur les biens ou sur les personnes. Voilà pourquoi l'ordonnance de 1629, le code civil et le code de procédure civile mentionnent les *actes* à côté des *jugements*. Mais une procuration d'agir et de représenter le mandant n'a aucune exécution forcée, partant, elle ne tombe pas sous l'application des lois que je viens de rappeler. La cour de Bruxelles a donc bien jugé en décidant que les jugements déclaratifs de faillite ont effet, parce qu'ils ne donnent lieu à aucune espèce de poursuite exécutoire, et que les ordonnances et lois relatives à l'exécution des jugements étrangers impliquent que ces jugements doivent être exécutés contre les personnes ou sur les biens. Tel est le vrai principe.

100. Un arrêt de la même cour consacre la même doctrine, en termes un peu laconiques, en assimilant la qualité de failli à celle d'époux divorcé ou séparé de biens, qui résulterait d'un jugement étranger (2); ce qui semble rattacher la force du jugement étranger au statut personnel. Cela n'est pas exact, à mon avis. Il est inutile de s'arrêter à une décision qui est à peine motivée. Dans un autre arrêt, la cour de Bruxelles formule très bien le principe en le dégageant de tout rapport avec le statut

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Faillite*, section II, § II, art. X, n° II (t. XI, p. 413 et 414 de l'édition de Bruxelles).
(2) Bruxelles, 27 décembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 330).

personnel et avec l'idée d'une procuration. Il s'agissait également d'un jugement déclaratif de faillite : « Attendu que l'article 546 du code de procédure et l'arrêté du 9 septembre 1814 ont uniquement pour but d'empêcher que l'on n'exécute en ce royaume, au nom d'un souverain étranger, et *viâ executoriâ*, des jugements et titres obtenus dans les Etats de ce souverain, mais qu'il ne résulte, ni de la lettre, ni de l'esprit de ces dispositions législatives, que les jugements étrangers doivent être considérés dans ce royaume comme ne pouvant avoir pour effet de prouver l'état des personnes, réglé par ces mêmes jugements (1). » Ce qui signifie que quand un jugement n'emporte pas exécution forcée, il a effet ; si donc un jugement qui détermine l'état d'une personne a effet, ce n'est pas parce que le statut personnel l'exige, c'est parce que l'état n'implique aucune exécution au nom de la souveraineté étrangère.

C'est encore dans ce sens que l'on doit interpréter un autre arrêt de la même cour également rendu en matière de faillite. Un commerçant allemand avait été déclaré en faillite par jugement du tribunal d'Aix-la-Chapelle. Il fut arrêté à Bruxelles et incarcéré en vertu de la loi du 10 septembre 1807. Le failli et le syndic demandèrent la nullité de l'incarcération. Jugement et arrêt qui font droit à cette réclamation : « Attendu que l'état de faillite d'un étranger constaté par l'existence matérielle non contestée d'un jugement rendu à l'étranger établit, par rapport à cet étranger, une incapacité personnelle de disposer de ses biens, qui le suit partout ; qu'il en résulte que cet étranger, dessaisi de l'administration de ses biens, ne peut plus en disposer, pas plus à l'étranger que chez lui ; que tout payement fait par lui serait frappé de nullité ; partant, l'incarcération de l'étranger failli serait sans objet, parce qu'elle ne peut avoir pour effet de le contraindre à se libérer. » Tel est le statut personnel du failli, résultant du jugement étranger ; reste à prouver que cet état a effet en Belgique quoiqu'il résulte d'un jugement étranger. La

(1) Bruxelles, 12 janvier 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 14).

cour reproduit sa doctrine : « Attendu que, dans l'espèce, il ne s'agit pas de l'exécution forcée à donner à un jugement rendu à l'étranger, qu'il s'agit seulement d'apprécier l'état personnel du défendeur (1). » C'est dire que si les jugements relatifs à l'état ont effet, c'est parce qu'ils n'impliquent aucune exécution forcée.

101. Il a été décidé par le tribunal de Bruxelles qu'un jugement du tribunal de la Seine prononçant la séparation de biens entre époux, étant un jugement rendu à l'étranger, n'avait aucune exécution en Belgique et ne pouvait, par conséquent, être opposé aux créanciers du mari. Le tribunal vise l'article 546 du code de procédure et l'arrêté-loi du 9 septembre 1814. On voit, par la rédaction du jugement, que le tribunal s'est cru lié par les termes généraux de ces lois, qui, en apparence, comprennent tout jugement. La décision a été réformée en appel : « Attendu que l'invocation en Belgique de la séparation de biens prononcée en France n'a pour objet que d'établir, dans le chef de l'appelante, une capacité constituant un statut personnel qui la suit en tout lieu, et non de poursuivre une condamnation prononcée contre des Belges, susceptible d'exécution forcée; qu'ainsi l'article 546 du code de procédure, et l'arrêté du 9 septembre 1814, ne lui sont pas applicables (2). »

J'ai insisté sur la jurisprudence de la cour de Bruxelles, parce qu'elle est de la plus grande importance pour l'interprétation de toutes les lois françaises et belges concernant les jugements étrangers auxquels lesdites lois refusent toute exécution. La Belgique, dans ses rapports avec la France, a été régie jusqu'en 1876 par une législation spéciale. L'arrêté-loi du 9 septembre 1814 porte : « Les arrêts et jugements rendus en France n'auront *aucune exécution* en Belgique. Nonobstant ces jugements, les habitants de la Belgique pourront de nouveau débattre leurs droits devant les tribunaux qui y sont établis, soit en demandant, soit en défendant. » C'est dire que les

(1) Bruxelles, 9 novembre 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 309).
(2) Bruxelles, 25 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 180).

jugements français sont considérés comme non avenus en Belgique. M. De Paepe dit que l'arrêté de 1814 fut dicté par la méfiance que la France inspirait au royaume des Pays-Bas. C'était plus que de la méfiance, c'était la haine du nom français, et peut-être aussi la crainte que dans les provinces wallonnes on ne conservât le souvenir et le regret du régime français; par une bien mauvaise politique, on voulait établir une barrière entre la France et le nouveau royaume. Il y avait donc des raisons de toute espèce pour considérer comme non avenu tout ce que les tribunaux français décideraient dans les débats où figureraient des Belges. C'était le cas ou jamais d'appliquer la règle que la loi conçue en termes généraux, absolus, ne comportait aucune exception. Il ne paraît pas que cette objection banale fut faite devant la cour de Bruxelles; au moins elle n'y répond qu'implicitement en décidant qu'il ne s'agit pas d'une exception; que, par leur nature, les jugements relatifs à l'état des personnes ne sont pas compris dans la règle. Cela est décisif.

102. La cour de Liége s'est prononcée dans le même sens; mais je doute qu'elle ait fait une juste application du principe qu'elle admet. Un jugement du tribunal de la Seine prononce la séparation de corps entre une femme née Belge et son mari Français. La femme assigne son mari devant le tribunal de Liége pour que le jugement soit déclaré exécutoire en Belgique. La cour pose en principe que le jugement du tribunal de la Seine forme la loi des parties et régit leur état, quel que soit le lieu de résidence de l'une d'elles; elle invoque l'article 3 du code Napoléon et le discours de Portalis. J'ai déjà dit que le siége de la difficulté n'est pas dans l'article 3, ni dans le statut personnel: il s'agit de savoir si le jugement qui concerne l'état a effet en Belgique quand il émane d'un tribunal français. La demande même impliquait que l'arrêté-loi de 1814 était applicable; sinon l'action était inutile. C'est ce que la cour dit implicitement: « Les motifs de l'article 3 s'appliquent nécessairement aux actes et jugements qui constatent individuellement l'état civil et la capacité. » N'en fallait-il pas conclure qu'il n'y avait pas

lieu de déclarer exécutoire un jugement qui ne tombe pas sous l'application du code de procédure (art. 546), ni, par conséquent, de l'arrêté de 1814? Cependant la cour déclara ledit jugement exécutoire en Belgique. La cour fait une distinction entre la révision et la déclaration que le jugement est exécutoire (1). Cette distinction ne résulte, ni des termes, ni de l'esprit de l'arrêté-loi de 1814, qui considère les jugements français comme non avenus : peut-on reviser, ou déclarer exécutoire une décision judiciaire qui n'existe point? Cela ne se conçoit même pas. Je crois inutile d'insister.

103. Je termine cette revue de la jurisprudence belge par un arrêt remarquable que la cour de Bruxelles vient de rendre dans la célèbre affaire Bauffremont. La princesse, séparée de corps par un arrêt de la cour de Paris, se fit naturaliser en Allemagne sans autorisation, puis elle contracta un second mariage au mépris de son statut personnel. Sur la demande du mari, le second mariage fut déclaré nul par un jugement du tribunal de la Seine, confirmé en appel. Le prince de Bauffremont demanda que les décisions relatives à la garde des enfants fussent rendues exécutoires en Belgique. Devant le tribunal de Charleroi on soutint que, d'après la loi belge du 28 mars 1876, tout jugement français était soumis à révision quant au fond, en l'absence d'un traité de réciprocité entre la Belgique et la France, sans qu'il y eût lieu de distinguer entre les questions d'état et les autres matières. Le tribunal, accueillant ce système, examina le mérite de l'arrêt de la cour de Paris, et décida qu'il n'y avait pas lieu d'en ordonner l'exécution. Cette décision a été réformée en appel. La cour de Bruxelles commence par rappeler que la nullité du prétendu second mariage de la princesse a été consacrée par un jugement du tribunal de la Seine, confirmé par arrêt de la cour de Paris. « Ces décisions, dit-elle, rendues par la juridiction seule compétente pour régler l'état et la capacité de la princesse de Bauffremont, s'imposent en Belgique, ne peuvent y être l'objet d'aucune

(1) Liége, 10 avril 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 236).

révision, et doivent, en vertu des principes établis par l'article 3 du code civil, y être acceptées comme l'expression de la chose définitivement jugée. » Passant à la demande d'exequatur des jugements et arrêts relatifs à la garde des enfants, la cour dit que « la loi de 1876 ordonne, à la vérité, en l'absence d'un traité, la révision des jugements étrangers ; mais que, pour l'application de la loi à l'espèce, il faut distinguer les diverses dispositions des jugements rendus en France. » Ces jugements comprennent deux décisions différentes : l'une, relative à la garde des deux jeunes filles issues du mariage du prince et de la princesse de Bauffremont, l'autre, relative à des condamnations pécuniaires portées à la charge de la princesse et au profit du prince. En ce qui concerne la garde des enfants, les jugements du tribunal de la Seine, confirmés par la cour, ont statué souverainement sur cette question qui se rattache au *statut personnel des parties* et qui échappe, par suite, à la connaissance du juge belge. La cour conclut que, sur ce point, les jugements et arrêts français sont *obligatoires* en Belgique, sans devoir faire, au préalable, l'objet d'une demande d'*exequatur*. Quant aux autres dispositions, elles consistent en une condamnation à charge de la princesse de Bauffremont d'une somme de 500 francs par jour pendant un mois, de 1,000 francs par jour indéfiniment jusqu'au moment de la remise des deux enfants à leur père le prince de Bauffremont. La cour décide, sans donner le motif de sa décision, que les tribunaux belges ont le devoir d'examiner le bien-fondé de cette condamnation pour pouvoir la déclarer exécutoire en Belgique (1). La cour n'a fait qu'appliquer le principe qui régit la force exécutoire des jugements étrangers ; dès qu'ils doivent s'exécuter par voie de saisie, comme l'avait fait le prince de Bauffremont, ils tombent sous l'application de la loi belge de 1876, conforme en cela aux lois antérieures ; il faut ajouter que d'après la loi belge la révision se fait au fond.

La cour de Bruxelles, dans ce dernier arrêt, ne discute

(1) Bruxelles, 5 août 1880 (*Belgique judiciaire*, 1880, p. 1121).

plus la question de savoir si les jugements rendus en matière d'état ont effet en Belgique sans être rendus exécutoires; elle pose en principe qu'ils ne sont pas soumis à révision en vertu de la loi de 1876; on peut donc, et, à mon avis, on doit entendre l'arrêt de 1880 dans le sens des décisions précédentes de la même cour; c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu de demander que les tribunaux belges déclarent exécutoires des jugements qui, par eux-mêmes, n'emportent pas exécution. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la cour a soumis à la révision les dispositions des jugements français qui sont, à la vérité, relatives à l'état, puisqu'elles tendent à sanctionner une condamnation qui concerne l'état, mais comme la condamnation était susceptible d'exécution forcée sur les biens, et que l'exécution était commencée par une saisie-arrêt, la cour a jugé, et à bon droit, que les jugements, quant à cette sanction pécuniaire, tombaient sous l'application de la loi de 1876.

N° 3. APPLICATION DE LA RÈGLE AUX JUGEMENTS ET ACTES CONCERNANT LA PROTECTION QUE LA LOI ACCORDE AUX INCAPABLES.

104. J'ai été amené à examiner la question de savoir si les jugements concernant l'état doivent être rendus exécutoires quand on s'en prévaut devant les tribunaux d'un autre pays, parce que l'objet de la présente Etude est la protection que les lois accordent aux incapables. Les père et mère, et, après la mort de l'un d'eux, le tuteur prennent soin de la personne du mineur et ils administrent ses biens. En cas d'interdiction d'un majeur, le tuteur de l'interdit a une mission analogue. Il y a des cas où la protection que la loi accorde aux incapables ne concerne que leurs biens : tels sont le curateur d'un mineur émancipé, et le conseil judiciaire des prodigues et des faibles d'esprit. Mais il y a un caractère commun à toutes ces dispositions, c'est qu'elles sont motivées sur l'incapacité des personnes auxquelles la loi donne des protecteurs parce qu'elles ne peuvent pas se protéger elles-mêmes, ou qu'elles ne le peuvent du moins pas d'une manière efficace. En ce

sens, on peut dire que toutes les dispositions dont il est parlé dans la présente Etude concernent l'état des personnes, ce qui permet d'appliquer la doctrine que je viens d'exposer sur l'autorité des actes et jugements étrangers. En tant que ces actes et jugements n'ont en vue que l'*état* des personnes, ils ont effet partout, sans qu'on doive les déclarer exécutoires; puisqu'il ne peut être question de déclarer exécutoires des décisions qui n'impliquent pas d'exécution forcée.

Il y a des administrateurs qui ne sont nommés que pour la gestion des biens. Tels sont le curateur aux biens que le tribunal peut nommer pendant la présomption d'absence, et les héritiers présomptifs que le tribunal doit envoyer en possession des biens de l'absent après que l'absence a été déclarée. Ce sont des mesures de protection que la loi organise dans l'intérêt des absents, des tiers et même de l'Etat; mais on ne peut pas dire qu'elles soient rendues nécessaires par l'incapacité de l'absent; s'il vit encore, il se trouve dans l'impossibilité de fait de pourvoir à ses intérêts, cette impossibilité ne vient pas d'une incapacité. La matière de l'absence se rattache au droit héréditaire, puisque les mesures que la loi prescrit sont analogues à ce qu'elle ordonne en cas d'ouverture d'une succession.

La même observation s'applique au curateur d'une succession vacante; les héritiers et successeurs sont hors de cause, puisqu'ils ne se présentent pas; la loi veille à la conservation des biens dans l'intérêt de la société, qui se confond avec l'intérêt des tiers. Je reviendrai sur ces matières en traitant du droit de succession. Pour le moment, je me borne à la protection que la loi assure aux personnes à raison de leur incapacité.

105. Cette protection ne s'exerce pas toujours par voie judiciaire. En théorie on peut soutenir que la protection établie en faveur des incapables appartient à la juridiction volontaire plutôt qu'à la juridiction contentieuse. Cela est d'évidence quand il s'agit de la tutelle et de la puissance paternelle. La nature elle-même donne aux enfants pour protecteurs ceux à qui ils doivent

la vie; il n'intervient là aucun acte, ni judiciaire, ni extrajudiciaire; la loi ne fait que confirmer le vœu de la nature, en donnant au père les moyens légaux de remplir le devoir d'éducation que la paternité lui impose, et en le chargeant d'administrer les biens de ses enfants. S'il s'agit de faire, à l'étranger, des actes qui dépendent de la puissance paternelle, on applique le statut national du père, qui est aussi régulièrement le statut de l'enfant; le père est père partout, et le mineur est incapable partout. Je ne pense pas que l'on ait jamais contesté au père les droits qu'il tient de la nature et que la loi sanctionne; et il ne peut pas s'agir de rendre ces pouvoirs exécutoires, puisqu'ils ne dépendent d'aucun acte ni d'un jugement.

Il se peut cependant qu'il intervienne des jugements et des actes en matière de paternité et de puissance paternelle. Si la paternité est contestée, il y a lieu à action judiciaire pour établir la qualité de père. Ces jugements concernant l'état ne sont pas soumis aux lois qui exigent que tout jugement soit rendu exécutoire; c'est l'application du principe que je viens d'établir. Il en est de même des jugements qui, d'après le droit français, autorisent le père à faire des actes de disposition; ce ne sont pas des jugements, puisqu'il n'y a point de contestation, ce sont des actes de juridiction gracieuse, de simple protection; ils doivent avoir effet partout. Le père les fait comme mandataire, dans les formes prescrites par le statut personnel; par eux-mêmes ces jugements ne donnent pas au père un droit qu'il exécute par la saisie des biens; donc on ne se trouve pas dans les termes de la loi qui exige que les jugements soient rendus exécutoires.

La tutelle est identique avec la puissance paternelle, avec cette différence que la loi intervient toujours, soit pour nommer elle-même le tuteur, soit pour le faire nommer par le tribunal ou par le conseil de famille. Merlin dit que l'on ne s'est jamais avisé de rendre cette nomination exécutoire, alors même qu'elle se ferait par jugement. Mais ce n'est pas, comme il le dit, parce que le tuteur est un mandataire et que le mandataire exerce ses pouvoirs partout; cela est vrai du mandataire conventionnel; cela

n'est pas vrai du mandataire qui tient ses pouvoirs d'un jugement. Il y a une autre raison qui est péremptoire. La nomination d'un tuteur est un acte de juridiction gracieuse, c'est le motif pour lequel le code Napoléon l'attribue au conseil de famille ; un acte de protection n'implique aucune exécution forcée, donc il n'y a point lieu de le déclarer exécutoire. Il en est de même de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal ; ce sont des formalités habilitantes qui dépendent du statut personnel, et qui, à ce titre, ne tombent pas sous l'application des lois concernant la force exécutoire des actes et jugements étrangers d'après la jurisprudence française et belge. A mon avis, cette jurisprudence se justifie par une autre considération, c'est que la délibération du conseil de famille et l'homologation du tribunal n'étant exigées qu'à raison de l'incapacité du mineur n'ont aucune exécution ; il ne peut donc pas s'agir de les rendre exécutoires.

106. L'émancipation a un double objet, d'abord de rendre le mineur capable quant à sa personne, et de lui donner une certaine capacité quant à ses biens, mais cette capacité n'étant pas entière, la loi veut qu'il soit mis sous curatelle. Quant à la capacité résultant de l'émancipation, l'acte par lequel elle s'opère n'étant pas susceptible d'une exécution forcée, il n'y a point lieu de le déclarer exécutoire : c'est une majorité anticipée. La majorité existe de plein droit en vertu de la loi ; pour l'émancipation il faut la volonté du père quand l'enfant est sous puissance paternelle, volonté tacite lorsque l'enfant se marie avec le consentement du père, volonté expresse quand l'émancipation se fait par un acte spécial : or, il est de l'essence de la volonté d'agir partout, sans limitation de territoire et sans intervention de la justice ; il n'y a rien à déclarer exécutoire, puisqu'il n'y a pas d'exécution forcée.

Quant à la curatelle, c'est une protection analogue à celle de la tutelle, donc il faut appliquer ce que je viens de dire ; le mineur émancipé est mineur partout, il doit donc être partout assisté de son curateur, sans qu'il y ait lieu, à l'étranger, de déclarer exécutoire le jugement ou

l'acte quelconque qui constate l'émancipation. Ici il est vrai de dire que l'acte ne sert que de preuve; nos anciens légistes déjà en ont fait la remarque; le curateur n'administre pas, il ne fait aucun acte exécutoire, il couvre l'incapacité du mineur; partant on est en plein statut personnel. Dans les cas où le mineur émancipé est assimilé au mineur non émancipé, quant aux actes qu'il fait, on applique ce que je viens de dire (nº 105) du mineur qui est sous tutelle ou sous puissance paternelle; il n'y a rien à déclarer exécutoire.

107. L'interdiction présente une situation plus compliquée. Elle a pour effet de priver de sa capacité une personne capable, et de la rendre incapable, même dans les intervalles lucides où elle jouit de toute sa raison. Cependant on admet généralement que les jugements qui prononcent l'interdiction ont effet partout, sans que l'on ait besoin de les déclarer exécutoires. J'ai répondu aux objections que l'on peut faire. A l'appui de mon opinion je citerai ce que disent deux excellents jurisconsultes, Bar et Fœlix.

Qu'est-ce que l'interdiction? D'après le code Napoléon, elle est prononcée par le tribunal, après une procédure contradictoire; voilà les apparences d'un jugement, et l'on pourrait croire que ce jugement ne peut avoir effet à l'étranger qu'après vérification ou révision, puisqu'il a des conséquences très graves, quant à la personne de l'interdit et quant à ses biens; l'interdit est privé de l'exercice de ses droits, et ses biens sont administrés par un tuteur, ils peuvent être hypothéqués, aliénés avec le concours d'un conseil de famille et du tribunal. Néanmoins il est certain que ce n'est pas un jugement, c'est une mesure de protection que la loi établit en faveur des aliénés. Ce n'est pas le juge qui crée l'incapacité, il la constate; et à la rigueur elle pourrait être constatée sans l'intervention de la justice; et une fois l'aliénation mentale constante, la nomination d'un tuteur en est la conséquence nécessaire. Si le tribunal intervient, c'est pour sauvegarder la liberté des personnes. Tout cela, dit Bar (1), pourrait se faire

(1) Bar, *Das internationale Privat-Recht*, p. 176, § 154.

sans intervention de la justice. De fait, il en est ainsi en Belgique et en France; l'immense majorité des aliénés qui se trouvent dans les hospices ou dans les maisons de santé ne sont pas interdits; ils sont colloqués par voie administrative, et après leur collocation, le tribunal leur nomme un administrateur pour gérer leurs biens; il ne les interdit pas, et néanmoins ils cessent, de fait, d'exercer leurs droits. Voilà la preuve bien certaine que les intérêts des aliénés peuvent être sauvegardés sans qu'on les interdise; il y a plus, j'ai dit, et cela n'est pas contesté, que la collocation leur offre les mêmes garanties que l'interdiction et qu'elle est plus favorable à leur guérison, et c'est bien là le plus grand de leurs intérêts.

Je dois m'arrêter un instant à la comparaison que je viens de faire entre l'interdiction et la collocation, elle est décisive. Fœlix dit que, d'après le droit commun d'Allemagne, l'interdiction est une dépendance de la juridiction volontaire; or les actes de cette juridiction sont une intervention de la société pour protéger certains droits des particuliers; les actes de la juridiction gracieuse n'ont pas d'exécution forcée; dès lors il n'y a pas lieu de les déclarer exécutoires dans les pays étrangers. La protection que le législateur veut assurer aux interdits, par exemple, demande qu'elle s'étende partout où l'aliéné a des droits et des intérêts. Est-ce que la puissance souveraine en France serait par hasard intéressée à ce que le jugement qui nomme un tuteur ou un administrateur soit confirmé, ou rendu exécutoire? Son devoir est de protéger l'aliéné, qui doit trouver partout aide et protection; or le meilleur moyen de sauvegarder ses intérêts est de donner effet aux mesures de protection qui ont été prises à son égard dans le pays auquel il appartient. Un aliéné est colloqué en Belgique; faudra-t-il que l'administrateur provisoire s'adresse à un tribunal français pour qu'il déclare le jugement exécutoire, avant de pouvoir agir dans l'intérêt de l'aliéné? Qu'est-ce que le tribunal revisera? L'aliéné est colloqué dans une maison de santé; n'est-ce pas la preuve matérielle qu'il est atteint d'aliénation mentale? Quel moyen la justice française aurait-elle de contrôler ce qui

s'est fait en Belgique avec les mêmes garanties que celles qui existent en France, car notre législation est calquée sur la législation française? En ce sens, Fœlix a raison de dire que la juridiction volontaire a pour unique objet de constater des faits; question de preuve; or la preuve se fait d'après les lois du lieu où le fait se passe (1). Il faut ajouter que, dans le pays auquel l'aliéné appartient, on a des moyens de constater la folie, que la justice étrangère n'aurait point. Ainsi le code Napoléon veut que le conseil de famille donne son avis; la famille connaît certainement mieux l'état mental de l'aliéné que le tribunal; et si l'on procédait en Amérique à la révision d'une interdiction prononcée en France, comment obtiendrait-on l'avis de la famille? Ce serait une procédure dérisoire.

108. J'emprunte à une Etude de Pasquale Fiore sur l'exécution des jugements étrangers en Italie (2) quelques détails sur la jurisprudence italienne. « Nos cours admettent comme principe que les jugements étrangers ne sont soumis au *pareatis* que lorsqu'ils sont invoqués pour accomplir des actes d'exécution. Dès lors cette formalité n'est pas nécessaire pour les sentences étrangères relatives à l'état et à la capacité juridique des personnes, attendu que la justice se borne, dans ce cas, à constater un fait. Ainsi on n'a pas besoin de déclarer exécutoires les jugements étrangers qui constatent l'existence d'une faillite et nomment des syndics, quand les syndics agissent en Italie pour recouvrer les créances du failli, ou qu'on invoque lesdits jugements, soit pour établir l'incapacité du failli, soit pour suspendre les actions individuelles des créanciers. » La cour de Brescia dit, comme Fœlix, que ces jugements constatent un fait, la suspension des payements, et, par suite, la faillite; l'incapacité du failli en est la conséquence, ainsi que l'union des créanciers, dans leur intérêt commun, ce qui nécessite la nomination de syndics pour agir au nom de la masse. La formule exécutoire est inutile pour donner foi à des actes reçus à l'étranger, conformé-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 192, n° 459, et p. 200, n° 466.
(2) *Journal du droit international privé*, 1878, p. 240.

ment aux lois locales. La cour de Milan abonde dans ces idées, elle dit formellement qu'il s'agit d'actes appartenant à la juridiction gracieuse, donc d'actes qui n'intéressent point la souveraineté, parce que la puissance publique n'y intervient pas (1). Mais on rentre dans la règle, et il est nécessaire de déclarer exécutoires les jugements étrangers quand on veut les mettre à exécution contre les personnes ou sur les biens qui se trouvent en Italie, l'exécution ne pouvant se faire qu'au nom du souverain. Ainsi considéré, le *pareatis* n'est plus qu'une simple formalité, que les traités peuvent abolir, et l'on s'étonne à bon droit qu'elle ne soit pas encore abolie; mais ces considérations dépassent les limites de mes Etudes.

109. Il n'y a pas jusqu'aux Anglais, réalistes par excellence, et tenant, d'après l'expression de Voet, *mordicus* à leur souveraineté territoriale, qui ne se rapprochent des idées qui tendent à l'emporter dans la science et dans la pratique de l'Europe continentale. Les légistes anglais se fondent sur des considérations d'utilité ou de nécessité; c'est une tendance funeste, car c'est placer l'intérêt au-dessus du droit. Story constate l'opinion unanime des jurisconsultes d'Europe, concernant les jugements qui statuent sur l'état des personnes; il l'admet pour les mariages et les divorces, mais il ne croit point qu'il y ait même nécessité de reconnaître partout les jugements qui établissent des gardiens, tuteurs, curateurs ou conseils. Je dirai plus loin à quelles conséquences absurdes aboutit le réalisme anglais, en matière de tutelle. Story cite les paroles de deux law-lords (2). Dans un *cas* qui se présenta en cour de chancellerie, lord Hardwick dit qu'un jugement rendu en France, sur la validité d'un mariage, par le juge compétent devrait être respecté partout, en vertu du droit des gens, sinon les droits des hommes seraient bien précaires. C'est au fond l'idée de la communauté de droit qui doit régner entre les nations. Un jour viendra

(1) La cour de Milan a appliqué le même principe à la nomination d'un conseil judiciaire faite par le tribunal de la Seine. (*Journal du droit international privé de* Clunet, 1879, p. 54).

(2) Story, *Conflict of laws*, p. 740, §§ 594-596 (7e édition).

où l'on s'étonnera que le lien juridique qui unit les peuples ait eu tant de peine à être reconnu ; et qu'un mariage annulé en France, entre Français, en vertu des lois françaises, ait été validé en Angleterre. J'ai dit ici même les mauvaises raisons par lesquelles lord Stowell a cherché à justifier la jurisprudence anglaise sur la question de l'exécution des jugements étrangers en matière d'état. Lord Stowell veut bien admettre que les divorces étrangers devraient être admis partout, parce que la preuve de l'adultère est la même dans tous les pays, mais il n'ose pas appliquer le même principe aux jugements qui prononcent la validité ou la nullité d'un mariage, sans doute parce que les conditions requises pour la validité du mariage varient d'un pays à l'autre. Soit; mais pourquoi ne pas respecter ces variétés qui tiennent à la diversité des nationalités ?

§ II. — *De l'autorité des gardiens sur la personne.*

N° 1. DE L'ÉDUCATION.

110. La *garde*, dans l'ancien droit, était le droit, pour mieux dire, l'obligation d'élever les mineurs. Ce mot s'est conservé dans le langage juridique des Anglais, aussi traditionnaliste que la *common-law*. Nous avons conservé la chose en lui donnant un nom impropre, celui de puissance paternelle, emprunté au droit romain. La prétendue puissance n'est rien que la garde, dans le vieux sens de ce mot ; elle appartient au tuteur aussi bien qu'au père, quoique le tuteur n'ait pas de puissance. Le tuteur de l'interdit doit aussi prendre soin de la personne de l'aliéné, ainsi que l'administrateur provisoire des aliénés colloqués dans une maison de santé ou dans un hospice. Les autres administrateurs n'ont pas de droit sur la personne; le curateur des mineurs émancipés, le conseil des prodigues et des faibles d'esprit prêtent seulement leur assistance dans les actes que la loi détermine.

Pour l'interdit, les soins à donner à la personne consistent à placer l'aliéné dans une maison de santé ou dans

un hospice. En réalité les directeurs de ces établissements et les médecins sont chargés de la protection que la loi donne aux aliénés en veillant à leur guérison. J'ai dit qu'en Angleterre, tout est *réel*, même la garde d'un aliéné, de sorte que si le tuteur ou le gardien le conduit en Angleterre, pour le confier à un médecin ou pour le colloquer dans un établissement, on nomme à l'aliéné un nouveau gardien, la cour de chancellerie ne reconnaissant d'autre gardien que celui qui est établi en vertu de la *common-law*. Ce *réalisme* outré se comprend en un certain sens, quand la liberté de l'aliéné est en cause. Il est certain que si un étranger doit être colloqué dans une maison de santé, en France ou en Belgique, on devra observer toutes les conditions et toutes les formes prescrites par la loi territoriale, car ces lois ont pour objet tout ensemble la protection d'un incapable, sa guérison et la garantie de sa liberté; elles sont donc de droit public, et le droit public domine le droit privé.

111. La garde du mineur est confiée au père et au tuteur. D'après le code Napoléon, le père la conserve, alors même qu'il y aurait ouverture à la tutelle par le prédécès de la mère, et que le père survivant se ferait excuser. Cela prouve que l'éducation est un devoir essentiel du père; il ne peut s'en excuser, comme il a le droit de s'excuser de la gestion des biens. Nos lois donnent aussi au père une autorité plus étendue qu'au tuteur. Celui-ci est contrôlé par le conseil de famille, qui règle la somme que le tuteur est autorisé à dépenser pour l'éducation du mineur (C. Nap., art. 454); le pouvoir du père n'est pas subordonné au concours d'un conseil de famille, et les tribunaux ne peuvent intervenir que lorsqu'il y a une loi de police ou d'intérêt général qui lie les étrangers aussi bien que les naturels. Telles seraient les lois qui rendent l'enseignement obligatoire, ou qui déterminent l'âge auquel l'enfant peut être reçu dans un atelier; le père étranger y est soumis, ainsi que le tuteur.

Le statut personnel serait encore limité par le statut territorial, si le premier permettait au père des actes contraires au droit public du pays où il réside avec ses en-

fants : il ne pourrait certes pas les vendre, fût-ce en cas d'indigence extrême, en supposant que la loi de Constantin soit encore en vigueur dans un pays de droit écrit ; il ne pourrait pas même leur infliger des châtiments corporels, que nos lois n'admettent point ; et pour l'exercice du pouvoir de correction, il serait encore soumis à la loi du territoire. Sur tous ces points, il n'y a pas de doute. Mais hors les cas où le droit de la société est en cause, la tutelle dépend du statut personnel. Bouhier en fait la remarque, et il dit que le principe sur lequel repose la personnalité était avoué de tout le monde (1). Le président ne se doutait pas que le droit anglais faisait exception à ce concert universel. Je dois m'arrêter à ce dissentiment; il montre à nu ce qu'il y a d'absurde dans le réalisme féodal des Anglo-Américains; mais l'absurdité a aussi son bien, elle finit par révolter les esprits logiques. C'est ce qui est arrivé en Angleterre et aux Etats-Unis.

112. En vertu de la *common-law*, dit Story, les droits et pouvoirs du tuteur sont strictement territoriaux (2). C'est un débris du régime féodal, sous lequel la majorité même était fixée par la situation du fief. En Amérique, on applique ce principe d'un Etat de l'Union à l'autre : de sorte que si le pupille va faire ses études hors de l'Etat où le tuteur est nommé, son tuteur n'a plus aucune action sur lui; le mineur est abandonné à lui-même, ce qui est encore le moindre inconvénient du réalisme américain. Le mineur ne pouvant rester sans protection, on lui nomme un tuteur sur le territoire où il réside; ce nouveau tuteur n'est pas lié par le système d'éducation commencé par l'ancien; voilà donc le mineur qui change de carrière en changeant de tuteur, par la seule raison qu'il met le pied sur un autre territoire. Je suppose qu'il soit né protestant, et qu'il réside dans un pays catholique, pour sa santé ou son agrément. L'autorité locale lui nommera un tuteur catholique, et on en fera un capucin ou un jésuite. Cela paraît incroyable; cependant je ne fais que traduire les

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 1 et 2 (Œuvres, t. Ier, p. 668).
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 630, § 499 (7e édit.).

auteurs anglais et américains. Nous allons entendre les *law-lords*. Une mineure écossaise est pourvue d'un tuteur; la mineure réside en Angleterre, tous ses biens sont situés en Ecosse; le tuteur avait-il une autorité quelconque sur sa pupille? La question fut débattue au sein de la chambre des pairs; trois law-lords sur cinq se prononcèrent contre le tuteur étranger, Lyndhurst, Cottenham et Langdale; ils avaient pour eux le droit strict, la tradition; les lords Brougham et Campbell osèrent se mettre au-dessus de ces scrupules (1). M. Westlake nous dira quelle était la conséquence légale de cette décision : la jeune fille se trouvait placée sous l'autorité du chancelier, pendant toute sa minorité; il avait le pouvoir de fixer sa résidence, de régler son éducation civilé et religieuse, et de consentir à son mariage (2). De quel droit le chancelier d'Angleterre met-il la main sur une pupille écossaise? Il n'y en a pas d'autre que le droit que donne le territoire. Peu importe pour quelle cause, un mineur vient en Angleterre pour sa santé, son instruction, ses plaisirs; dès qu'il pose le pied sur le sol anglais, il tombe sous le pouvoir du chancelier, quand même il n'y serait venu que par suite d'un fait illicite.

Une mineure américaine est enlevée de son pays natal par ses parents paternels, malgré la décision de la cour suprême de l'Etat de New-York, qui avait défendu de déplacer l'enfant. Cela n'empêche pas le lord chancelier de lui nommer un tuteur en Angleterre, consacrant le premier enlèvement par un second, qui enlevait à un tuteur américain la garde d'une pupille dont il avait été légalement chargé. Ne croirait-on pas que l'on est encore au moyen âge, alors que l'air rendait serf? Wharton dit, et avec raison, que ce procédé viole la puissance souveraine de l'Etat auquel appartient le mineur : le législateur américain a le droit et le devoir de veiller sur les mineurs qui sont ses sujets et ses protégés. Sans doute, mais quand il est question du droit anglais, il faut oublier que l'on est au dix-neuvième siècle; on est en plein moyen âge, sous le régime de Guillaume le Conquérant; c'est la force

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 241. §§ 261 et 262.
(2) Westlake, *Private international law*, § 402.

qui règne partout, tout baron est roi dans ses domaines, et tout étranger est de bonne prise; à plus forte raison peut-on mettre la main sur des mineurs étrangers. On ne peut pas même dire que c'est le droit de la force, c'est le droit de la terre, la terre est souveraine, et cette souveraineté s'étend sur tout ce qui s'y trouve. Ne serait-il pas temps de laisser là la souveraineté féodale, et de se rappeler que nous sommes à la fin du dix-neuvième siècle? La souveraineté féodale est une lutte, une guerre permanente. Ce que le maître du sol fait chez lui, à l'égard des étrangers, ses voisins le font de leur côté. Si le lord chancelier d'Angleterre a le droit de mettre la main sur des mineurs américains, tous les Etats pourront faire de même pour les mineurs anglais. Si donc un mineur anglais va passer les vacances sur le continent, s'il y voyage pour son instruction ou son plaisir, accompagné de son tuteur, on l'arrachera au protecteur que les lois anglaises lui avaient donné, et on le mettra, au besoin, sous l'autorité d'un jésuite qui en fera un cadavre.

113. Heureusement qu'il est avec la *common-law* des accommodements. Elle est immuable, soit. Mais la Bible est aussi immuable, et cependant on ne l'interprète plus aujourd'hui comme on le faisait au seizième siècle. Que dis-je? il arrive que les Américains lui donnent un autre sens que les Anglais, et décident que la loi de Dieu ne considère pas le mariage entre beau-frère et belle-sœur comme incestueux, tandis que les Anglais disent que ce mariage viole une loi divine. La *common-law* aussi subit des modifications. Ecoutons lord Campbell, l'un des deux opposants dans l'affaire que je viens de rapporter. Il ne nie pas le droit du lord chancelier de nommer un gardien à un mineur étranger: que cela soit nécessaire ou non, c'est son droit. Mais doit-il faire tout ce qu'il peut faire? En matière de garde, il n'est pas question de l'autorité du chancelier, elle a pour objet la protection des enfants ; donc le lord chancelier doit user de son autorité dans l'intérêt des mineurs. Il n'a jamais été décidé que le chancelier ne doit tenir aucun compte de la tutelle étrangère, et qu'il doit l'ignorer. Si un père venait réclamer son en-

fant qu'on lui a enlevé, certainement la cour ordonnerait de le lui rendre. Eh bien, le tuteur étranger aurait le même droit, car il prend la place du père (1).

Dans une autre espèce, lord Cranworth alla plus loin. « Peut-être, dit-il, il serait plus conforme au droit commun que chaque pays reconnût l'état de gardien, comme on reconnaît partout l'état de père, de mari ou de femme. » Tel est, en effet, le principe généralement admis sur le continent. Il finira par prévaloir partout. Nous allons entendre le vice-chancelier Page Wood (1866). Un enfant étranger est placé dans une maison d'éducation en Angleterre. Le tuteur étranger le réclame. On demanda au chancelier de s'y opposer, en alléguant l'intérêt de l'enfant. Le vice-chancelier s'y refusa et la cour décida qu'il n'y avait pas lieu de s'opposer à l'exercice de l'autorité que le tuteur autrichien avait sur ses pupilles. Page Wood fait appel au droit des gens, qui permet au père, et par suite au tuteur, de diriger l'éducation des mineurs. Si le tuteur autrichien veut rappeler ses pupilles, il en a le droit ; le lord chancelier peut bien, pendant leur séjour en Angleterre, leur nommer un gardien, mais il ne peut pas les forcer à y séjourner. Qu'arriverait-il si des mineurs étrangers pouvaient être retenus en Angleterre, malgré leur tuteur, sous prétexte que l'éducation qu'ils y reçoivent est meilleure que celle qu'ils recevraient en Autriche? Des mineurs anglais voyageant en Autriche pourraient également y être retenus, sans que leur gardien anglais pût les rappeler! Une pareille jurisprudence jetterait le trouble dans les relations internationales. On invoquait le désir que les enfants avaient de rester en Angleterre. Le vice-chancelier répond que sans doute la tutelle doit avoir pour objet le bien-être et l'intérêt des enfants, mais que ce ne sont pas les mineurs qui décident ce qui leur convient; que ce soin appartient à leur tuteur, non pas au tuteur local et temporaire qui est donné aux enfants pendant leur séjour en Angleterre, mais au tuteur national, au gardien d'origine. Et ce n'est pas au chan-

(1) Phillimore, *Private international law*, p. 408.

celier de juger si l'éducation anglaise vaut mieux que l'éducation autrichienne; c'est là l'affaire des gardiens naturels de leurs pupilles (1).

114. Deux excellents légistes, l'un Anglais, l'autre Américain, s'accordent à critiquer le vieux réalisme de la *common-law*. Wharton rappelle l'immense influence que l'éducation exerce. On sait le mot profond de Leibnitz : « Donnez-moi l'éducation et je transformerai l'humanité. » L'éducation peut aussi déformer les générations naissantes. Les Belges, dit Wharton, accusaient Philippe II de dénationaliser la noblesse belge, en la faisant élever à Madrid dans les mœurs espagnoles. Au dix-septième siècle, l'éducation jésuitique eut la funeste influence de ramener sous le joug de Rome les populations protestantes de l'Autriche, et jusqu'à la Bohême, patrie de la Réforme. Que le législateur de chaque pays règle l'instruction comme il l'entend, c'est son droit, mais qu'il n'impose pas l'éducation que lui-même préfère, à des mineurs étrangers; ils sont soumis à la loi de leur pays, c'est cette loi qui doit régler la protection qui leur est due, et l'office essentiel du protecteur, c'est l'instruction et l'éducation qu'il doit donner aux pupilles (2).

Phillimore critique vivement la jurisprudence anglaise, il dit qu'elle n'est pas en harmonie avec les principes de la courtoisie internationale; celle-ci demande impérativement que le tuteur légalement constitué dans le pays où le mineur est domicilié soit reconnu comme tel partout (3). La courtoisie, que le publiciste anglais invoque et dont il voudrait faire la base du droit international privé, n'est pas un principe, car ce n'est autre chose que l'intérêt, et l'on ne peut pas dire que l'intérêt commande de respecter les droits, puisqu'il ne les respecte pas comme tels. Il faut laisser là l'intérêt, aussi mobile que les passions humaines, et faire appel au droit, organe de la justice éternelle. Le domicile dont Phillimore fait dépendre la tutelle est encore un legs du passé qu'il faut répudier;

(1) Phillimore, *Private international law*, p 411-414.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 246, suiv , § 262.
(3) Phillimore, *Private international law, or Comity*, p. 405, n° 548.

le mineur ne se rattache pas à la loi de son domicile; s'il est Anglais, son état est régi par la loi anglaise, expression de la race à laquelle il appartient; c'est cette loi qui doit le protéger, quel que soit le domicile, qui peut dépendre du hasard ou du caprice. Tout en critiquant la théorie de Phillimore, je constate avec bonheur les opinions du publiciste anglais ; elles sont toujours dans la voie de l'avenir, alors même qu'il ne parvient pas à briser entièrement les liens qui l'attachent au passé. Dans la matière qui fait l'objet de cette Etude, il rompt décidément avec la tradition anglaise en traitant la jurisprudence américaine de *barbare*; et Story nous dit que cette jurisprudence est l'expression exacte de la *common-law*. La *common-law* est fatalement barbare, car elle procède d'une époque de barbarie.

115. Le droit des gardiens sur la personne de l'incapable est essentiellement un pouvoir de protection. S'il dégénérait en oppression, s'il violait les droits de la personnalité humaine, le droit de garde ne devrait plus être respecté dans les pays où ces abus sont abolis. Le principe n'est pas douteux, il est universellement admis que le statut personnel est dominé par le statut territorial, quand il est en opposition avec les droits de la société. Nous en trouvons un exemple mémorable dans le conflit qui existe entre le code français et le code italien en ce qui concerne le droit de correction.

Le code Napoléon donne au père le droit de faire détenir dans une prison publique, pendant un mois à six mois l'enfant contre lequel il a des sujets de mécontentement très graves. Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père peut ordonner l'arrestation, en ce sens que le président doit, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation pendant un mois. Si l'enfant est plus âgé, le père peut seulement requérir la détention; celle-ci peut durer pendant six mois, mais le président peut refuser l'ordre d'arrestation, et s'il le délivre, il peut abréger la durée de l'emprisonnement (C. Nap., art. 375-377). Ce droit de correction n'a pas été maintenu par le code italien, et j'ai aussi proposé de le supprimer, dans l'avant-

projet de révision du code civil. Jusqu'à l'âge de seize ans commencés, le père exerce un pouvoir absolu; il n'est pas même tenu de faire connaître au président les motifs pour lesquels il fait détenir son enfant. Cela est contraire à tout principe. Aucun pouvoir n'est absolu, les tribunaux eux-mêmes doivent motiver leurs décisions; pourquoi l'autorité du père serait-elle illimitée? Ce n'est pas le vice le plus grave de la loi; il serait facile de le corriger, mais le principe même est mauvais. Corriger, c'est punir pour amender. Est-ce que la prison corrige les criminels? C'est parce qu'elle les détériore que l'on a introduit l'emprisonnement cellulaire, qui empêche au moins la contagion du vice. Mais l'isolement est impraticable pour l'enfant : le condamner à la solitude, ce serait le tuer. Le législateur a prévu que l'emprisonnement de l'enfant serait pour lui une tache ineffaçable; il cherche à rendre le châtiment secret; mais on a beau faire, la punition s'ébruitera nécessairement, et plus on aura eu soin de la cacher, plus elle fera de mal. Est-ce élever l'enfant que de le mettre au carcan de l'opinion publique? Et quels seront, après l'expiration de la peine, les rapports entre l'enfant et son père? Celui-ci a pris le rôle de geôlier, il a perdu à jamais l'affection de l'enfant : on n'aime pas son bourreau, fût-on mille fois coupable. Cependant l'éducation de l'enfant est impossible sans une affection réciproque. Dieu nous punit parce qu'il nous aime, et la punition même qu'il nous inflige est un acte d'amour qui nous relève de notre chute, loin de nous abaisser. Le père qui punit l'enfant doit imiter la justice divine, inséparable de la charité; il doit donc se garder de traiter l'enfant comme un criminel (1).

En critiquant la loi qui permet au père d'emprisonner son enfant, j'en ai marqué la nature au point de vue du droit civil international. C'est une loi de droit public, puisqu'elle prive l'enfant de sa liberté. Donc le statut est réel, en ce sens qu'il ne dépasse pas les limites du territoire. Le père français ne pourrait exercer le droit de

(1) Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile in Italia*, p. 92 et suiv.

détention en Italie, parce que la loi italienne défend ce moyen de correction, et elle le défend pour des raisons d'ordre social. Le président auquel le père s'adresserait ne pourrait délivrer un ordre d'arrestation que la loi italienne prohibe. Vainement le père invoquerait-il son statut personnel; sa loi personnelle est ici en opposition avec le droit public d'Italie, donc il est dominé par le statut réel. De son côté, le père italien ne pourrait pas faire détenir son enfant en France, parce que son statut personnel ne le lui permet pas. Ce n'est pas le cas d'appliquer l'article 3 du code Napoléon, aux termes duquel les lois de police obligent les étrangers; cet article suppose que l'étranger a contrevenu à une loi pénale ou à une loi d'intérêt général; or, dans l'espèce, il n'y a pas de délit public, le droit de famille seul est en cause, c'est un père qui veut corriger son enfant en le châtiant : question d'éducation, donc de statut personnel, et, dans l'espèce, ce statut défend au père de faire détenir son enfant dans une prison. Tel est aussi l'avis de M. Fiore, le seul auteur qui, à ma connaissance, ait examiné la question. Seulement je ne sais s'il s'exprime bien en disant que le pouvoir du père sur son enfant dépend de son *domicile actuel* (1). Le statut ne dépend jamais du domicile, dans la doctrine italienne qui est aussi la nôtre; est-il personnel, il dépend de la nationalité, et quant au statut réel, il est hors de cause, puisque, dans la terminologie traditionnelle, il ne concerne que les immeubles. Il est vrai que Fiore rejette cette terminologie; toujours est-il que la puissance paternelle est régie par la loi nationale de l'enfant, qui est presque toujours celle du père, donc par la loi italienne quand le père et l'enfant sont italiens, comme nous le supposons; le domicile qu'ils auraient en France ne modifie ni leur nationalité, ni leur loi nationale; donc c'est toujours la loi italienne qui les régit; par suite, le père italien ne peut pas faire emprisonner son enfant, quand même il serait domicilié en France, où ce droit appartient au père. La seule objection que l'on puisse faire, c'est que l'empri-

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 228, n° 160.

sonnement est une loi territoriale qui régit les étrangers : je viens d'y répondre.

Le droit anglais est essentiellement réaliste. Il reconnaît, à la vérité, le pouvoir du père étranger, parce qu'il est impossible de nier les droits que le sang donne, et le chancelier ne peut pas nommer un père au mineur étranger, comme il a le droit de lui nommer un tuteur; tandis que, d'après le droit français, de même que d'après le droit italien, le tuteur a, en pays étranger, les mêmes droits que le père, en ce sens que leur pouvoir dépend de la loi nationale. Lord Langdale dit que le père étranger n'aurait pas un pouvoir plus étendu en Angleterre qu'un père anglais (1); c'est l'application stricte de la loi territoriale. Cela est juste quand la loi étrangère blesse un principe de droit public anglais; ainsi le père français ne pourrait pas faire détenir son enfant en Angleterre. Mais si le pouvoir que sa loi nationale donne au père ne blesse aucun droit de la société, il faut, dans la doctrine qui règne sur le continent, maintenir le droit du père étranger quand même la loi anglaise ne le lui accorderait pas.

116. Il se présente des difficultés pour l'éducation religieuse. On admet généralement que le père a un pouvoir absolu à cet égard. Et, en principe, on doit reconnaître le même droit au tuteur, puisque, comme le dit Pothier, le tuteur tient lieu de père au mineur (2). Quand le père et la mère appartiennent à des confessions différentes, il intervient parfois des conventions avant le mariage sur la religion dans laquelle les enfants seront élevés; et dans les pays catholiques, l'Eglise exige, avant de procéder au mariage religieux, que les futurs époux prennent l'engagement d'élever leurs enfants dans la religion catholique. Ces conventions et ces engagements sont nuls aux yeux de la loi civile; on ne fait pas de conventions sur la puissance paternelle, c'est la loi qui la règle, et le législateur frappe de nullité toute convention contraire aux lois qui intéressent l'ordre public (C. Nap.,

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 238, § 253. Comparez l'opinion du juge Ware (*Ibid.*, p. 106. § 116).
(2) Pothier, *Traité des personnes*, n° 162.

art. 6). Quant aux engagements que le prêtre impose, ils n'ont aucune valeur juridique, puisque le mariage religieux lui-même n'en a aucune(1). Il y a des lois étrangères qui permettent les conventions sur l'éducation religieuse des enfants. Dans le grand-duché de Bade, une ordonnance du 8 juin 1826 autorise les futurs époux à convenir que les enfants seront tous élevés dans la religion du père ou dans celle de la mère, ou que les fils suivront la religion du père, et les filles celle de la mère. Il y a des dispositions analogues dans une loi du royaume de Wurtemberg (2). Quelle serait la valeur de ces conventions en France? Comme elles sont relatives à l'autorité paternelle, elles dépendent du statut national des époux; à ce titre, elles seraient valables à l'étranger: mais elles se heurtent, en France et en Belgique, contre une loi territoriale qui les domine; notre droit public consacre la liberté religieuse la plus illimitée, et nos lois confient au père la direction religieuse de ses enfants, ce qui tient également au droit public; cela est décisif pour déclarer réelles les lois qui concernent l'éducation religieuse, et, par conséquent, pour décider que la loi territoriale, en cette matière, l'emporte sur la loi personnelle des étrangers. Il en serait de même si la loi étrangère déterminait elle-même la religion dans laquelle les enfants seront élevés : tel est le code autrichien (3). En France et en Belgique, nous ne connaissons plus de religion obligatoire ; la liberté la plus entière existe, à cet égard, pour toute personne, Belge ou étrangère, et cette liberté devient un droit pour le père; cela est décisif.

§ III. *De l'autorité des gardiens sur les biens.*

117. Dans l'ancien droit, c'était un axiome que le statut concernant le droit de puissance paternelle était

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXI, n° 120; t. IV, p. 392 et 5?9. Comparez la jurisprudence anglaise, *Journal du droit international privé*, 18.9, p. 272 et 573.

(2) Voyez le détail des législations allemandes sur ce point dans Fœlix, *Revue étrangère et française de législation*, 1841, t. VIII, p. 889 et suiv.

(3) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 162, n° 112.

réel; et l'on entendait par là les droits du père sur les biens des enfants. Chose affligeante à dire, les lois et les légistes se sont toujours préoccupés plus des biens que des enfants et de leur éducation. La réalité conduisait à des conséquences choquantes, absurdes. Froland constate, sans en faire l'objet d'une remarque, qu'un enfant pouvait être sous la puissance de son père quant à certains biens, et n'y être pas par rapport à d'autres, et que le père domicilié dans le pays du droit écrit, qui fait les fruits siens des biens y situés, n'avait pas cette jouissance des immeubles situés dans la coutume de Paris (1). Disposer des biens appartenant aux enfants soit en propriété, soit en usufruit, voilà ce qu'on appelait la puissance paternelle. Les coutumes n'avaient-elles pas raison de dire : « Droit de puissance paternelle n'a lieu? » Je laisse de côté l'usufruit légal des père et mère, dont j'ai déjà parlé, pour ne m'occuper que du droit d'administration des gardiens. Le père a l'administration légale des biens de ses enfants, et le tuteur administre les biens de ses pupilles. Le tuteur d'un interdit, l'administrateur provisoire des aliénés colloqués dans une maison de santé ou dans un hospice, ont la même charge; les curateurs et les conseils judiciaires n'administrent point, mais ils assistent les mineurs, les prodigues et les faibles d'esprit dans les actes d'aliénation. La question est de savoir si les gardiens ont sur les biens situés en pays étranger les mêmes pouvoirs que dans le pays où ils ont été constitués.

La tradition est pour la réalité, toutefois, chose remarquable, avec des exceptions qui étonnent dans une doctrine qui déclarait les coutumes réelles à raison de la puissance souveraine dont elles étaient l'expression. Les statutaires distinguaient généralement entre les meubles et les immeubles; Story qui, d'après son habitude, commence par recueillir les témoignages des légistes étrangers, lesquels sont, en réalité, nos anciens statutaires, a soin d'ajouter que si cette distinction était généralement admise, elle ne l'était cependant pas par tous. C'était une

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 819.

singulière fiction que celle de la loi personnelle qui régissait les meubles : elle supposait qu'ils suivaient la personne dont ils étaient une dépendance, c'est-à-dire qu'ils étaient situés là où, en réalité, ils ne se trouvaient pas. La fiction introduite en matière de succession devait-elle être étendue au droit des gardiens? Cela était certainement douteux. Ceux qui l'admettaient décidaient que le gardien reconnu à l'étranger avait sur les biens mobiliers de son pupille qui s'y trouvaient les droits que lui donnait sa loi personnelle; à vrai dire, ce n'était pas une question de statut, puisqu'il n'y avait pas de conflit entre la loi personnelle et la loi territoriale, celle-ci étant écartée par l'effet de la fiction qui réputait les meubles situés au domicile du gardien. Cela suppose cependant que le tuteur était reconnu partout; il en était ainsi sur le continent, mais les Anglais, réalistes outrés, n'admettaient point l'état de gardien étranger, de sorte que le tuteur était sans droit aucun en Angleterre. Je laisse de côté pour le moment cette excentricité.

Quant aux immeubles, on appliquait la vieille règle féodale que toute coutume est réelle. On croyait, et tel était encore l'avis des auteurs du code civil, que la souveraineté serait divisée, et, par conséquent, détruite, si une partie du sol était gouvernée par une loi étrangère; pour la souveraineté, comme pour les droits des gardiens, on tenait plus aux choses qu'aux personnes. Toutefois, sur ce point encore, il y avait des dissentiments. La règle était que le tuteur ne pouvait agir à l'étranger que conformément à la loi territoriale quand il s'agissait d'administrer ou d'aliéner les immeubles de son pupille; et on appliquait le même principe à tous les gardiens. Story cite Bourgoingne, un des chefs de l'école réaliste; le légiste belge ne parle pas même des gardiens, il parle des mineurs, de sorte que sa doctrine est universelle et reçoit son application à tous ceux qui administrent les biens des mineurs et des incapables. Les deux Voet abondaient dans le réalisme de Bourgoingne; cependant Paul Voet reconnaît que le tuteur est nommé à la personne, et que son autorité embrasse, en principe, tous les biens du pupille, même ceux qui sont situés en

pays étranger; et c'est le juge du domicile qui confère la tutelle. Comment concilier ce droit avec le pouvoir incontestable que le magistrat du lieu où sont situés les biens exerce sur les biens de son territoire? Paul Voet répond que le tuteur agira prudemment en faisant intervenir le juge local. Et Jean Voet dit que le magistrat du lieu de la situation peut nommer un tuteur particulier pour les biens situés sur son territoire; c'est seulement quand il ne fait pas usage de son pouvoir que le tuteur donné à la personne a le droit d'administrer et d'aliéner les biens de son pupille, ce qui se pratique par courtoisie et non d'après le droit strict (1).

118. Notre droit civil international est celui de la tradition française. Faut-il donc déclarer réel le statut des gardiens, père, tuteur, curateur, conseil judiciaire? Si la tradition était constante et fixée en ce sens, l'affirmation ne serait point douteuse. Mais je viens de constater les hésitations et les accommodements des réalistes les plus stricts. Ce qui engageait les statutaires français à se prononcer pour la réalité, c'est que le père avait un droit réel d'usufruit sur les immeubles; encore ce droit était-il déclaré personnel par Bouhier, le meilleur des légistes statutaires. Le principe que les réalistes eux-mêmes admettaient est plutôt celui de la personnalité, que ce soit par courtoisie ou par droit, peu importe. C'est aussi ce principe qui est admis par les auteurs français. Massé le formule en ces termes: « Le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, le curateur d'un mineur émancipé, le conseil judiciaire d'un prodigue étendent leur autorité jusque sur les biens situés en pays étranger, parce que leur droit porte plutôt sur la personne que sur les biens, et qu'ils n'administrent les biens que parce qu'ils administrent et habilitent la personne. Le tuteur est donné à la personne; l'administration des biens est une conséquence de son autorité sur la personne. En quelque endroit que se trouve ou qu'agisse la personne, il faut que

(1) Voyez les témoignages dans Story, *Conflict of laws*, p. 631-633, §§ 500 et 500 *a* (7e édit.).

le tuteur y soit et qu'il y agisse. Les biens que possède le pupille en pays étranger ne peuvent donc être vendus sans le concours du tuteur ». Massé ajoute : « De même que le pupille ne peut y contracter sans l'autorisation de son tuteur (1). » Notre droit moderne ne connaît plus l'autorisation du tuteur; il faut donc dire : de même que le tuteur représente partout le mineur. Ce n'est pas le tuteur qui agit, c'est le mineur qui figure dans les contrats et dans les instances judiciaires comme mandant. Or, le mineur a le droit d'agir partout, donc son tuteur doit avoir le même droit.

On pourrait objecter les termes absolus de l'article 3 du code Napoléon : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » N'est-ce pas dire que le tuteur et tous les gardiens sont soumis à la loi territoriale quand il s'agit d'administrer ou d'aliéner les biens d'un incapable? La disposition que je viens de transcrire n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air; elle ne doit pas être isolée d'un autre principe établi par le même article : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » Or, dans l'espèce, il s'agit des mineurs et de leur incapacité. Les Anglais ont tort de parler d'un *état* de gardien, le gardien n'est qu'un mandataire, c'est l'incapable qui agit; c'est donc lui qui gère ses biens, et il a certes le droit de les gérer quelle que soit leur situation; or,il gère, à raison de son incapacité, par l'intermédiaire de son gardien ou avec son assistance; donc il faut appliquer le principe du statut personnel de l'incapable; ce statut reçoit son application aux biens comme à la personne, car c'est par suite de son incapacité personnelle que l'incapable est représenté par un gardien ou assisté par lui. Cette interprétation que je donne à l'article 3 est généralement admise; elle ne fait que reproduire la doctrine traditionnelle. Il a toujours été admis, dans l'ancien droit, sauf par quelques réalistes outrés, tels que Bourgoingne, que le statut personnel agissait sur les

(1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 444, n° 547.

biens situés à l'étranger, parce que la loi considère surtout, pour mieux dire, exclusivement, la personne de l'incapable. J'examinerai plus loin la question de savoir si ce principe est applicable aux formes, et dans quelles limites.

Il suit de là qu'il n'y a plus à distinguer entre les meubles et les immeubles. Ce n'est pas que cette distinction, si peu juridique, soit rejetée par le code Napoléon, il la maintient, au contraire, dans toutes les matières, notamment pour les statuts, comme je l'ai dit dans le cours de ces Etudes. Si on la rejette en ce qui concerne les droits des gardiens, c'est qu'elle est en opposition avec les termes généraux de l'article 3 qui donne effet au statut personnel hors du territoire, à raison de l'état de l'incapable; or, cet état et l'incapacité qui en résulte ne changent certes pas selon que les biens sont mobiliers ou immobiliers. Il faut remonter à une époque où la garde avait un tout autre caractère, pour comprendre une distinction qui, dans notre état social, n'a plus de sens. La garde des mineurs a commencé par appartenir au suzerain, elle était donc régie par le droit féodal, qui rapportait tout au sol sans s'inquiéter des meubles, puisque la richesse mobilière n'existait point. C'est la raison pour laquelle la garde est réelle en Angleterre, la propriété immobilière y étant encore régie au dix-neuvième siècle par le droit féodal que la conquête normande implanta dans le sol anglais (1). La révolution de 1789 a si bien extirpé la féodalité civile en France que nous ne la connaissons plus que de nom; il serait donc de toute absurdité de ressusciter, en matière de tutelle, une distinction entre les meubles que le texte de la loi ne commande pas, et qui déjà, au dernier siècle, était à peu près nominale.

119. La personnalité du statut de garde donne lieu à des conflits assez nombreux, comme je vais le dire en traitant des formes. Je m'arrête encore un instant sur le principe. Le code Napoléon est très défectueux en ce qui

(1) Bar a très bien établi le caractère féodal de la garde et de la distinction qui y tient, entre les meubles et les immeubles (*Das internationale Privatrecht*, p. 371-373, § 106.

concerne l'administration légale du père ; il se borne à dire que le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs (art. 389). Quelle est l'étendue de ce pouvoir d'administration? Est-il contrôlé par le conseil de famille, comme le pouvoir du tuteur? Le père peut-il, et sous quelles conditions, faire des actes de disposition? Sur tous ces points il y a doute et controverse. Il est certain que la loi ne restreint pas le droit du père comme elle le fait en matière de tutelle; elle ne le soumet pas à l'hypothèque légale, ni à l'autorisation d'un conseil de famille, ni à la surveillance d'un subrogé tuteur. La cour de Riom expose très bien les raisons de cette différence : « Pendant le mariage, l'enfant a pour protecteurs non seulement le père, dans sa vigilance, ses soins et son expérience, mais encore la mère dans sa tendresse attentive et prévoyante. » Tandis que, en cas de tutelle, le gardien que la loi donne au pupille, ou, en général, à un incapable, peut être et est souvent un étranger ou un parent qui, quelque proche qu'il soit, ne remplace pas la protection des père et mère (1).

Le code des Pays-Bas établit une règle plus restrictive : aux termes de l'article 364, le père ne peut disposer des biens de ses enfants mineurs qu'en observant les règles établies au titre de la Tutelle, pour l'aliénation des biens des mineurs. Le père doit donc obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Je préfère, en théorie, la confiance que le législateur français montre au père à la défiance que la loi néerlandaise lui témoigne. Si un père néerlandais aliénait des biens de son enfant situés en Belgique, il devrait être autorisé par le conseil de famille, et cette autorisation devrait être homologuée par le tribunal; c'est la conséquence du statut personnel. Le père ne pourrait invoquer la loi belge comme étant celle de la situation des biens; car il s'agit de la capacité du mineur. Par contre, le père français ou belge qui aliénerait des biens de son enfant situés dans le royaume des Pays-Bas ne devrait pas obtenir l'autorisa-

(1) Riom, 30 avril 1852 (Dalloz, 1854, 2, 227).

tion du conseil de famille, puisque le code Napoléon ne l'exige pas. En aucun cas, on ne pourrait dire qu'il s'agit d'un statut réel qui l'emporte sur le statut de la personne; les différences qui existent entre le droit français et le droit néerlandais, en ce qui concerne l'étendue de l'autorité paternelle, ne tiennent pas à un droit de la société qui soit d'une telle importance qu'il faille y subordonner le statut personnel. Qu'importe à la société belge que le père néerlandais ait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner un bien de son fils? Et qu'importe à la société néerlandaise qu'un père belge y puisse vendre les biens de son fils sans intervention du conseil de famille? C'est au législateur de chaque pays de voir quelle est la protection nécessaire aux incapables qui sont soumis à sa puissance souveraine, et dès que les conditions qu'il a établies sont observées, on doit supposer que le mineur a joui de la protection que sa loi nationale a jugée nécessaire; mais aussi il a droit à cette protection, et le père ne pourrait pas se contenter d'une protection autre que celle que la loi de la situation des biens accorde aux incapables.

120. Le code Napoléon soumet l'aliénation des biens appartenant aux mineurs à des conditions et à des formes spéciales. L'article 457 porte : « Le tuteur ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. » Aux termes de l'article 458, « les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance. » Vient ensuite l'article 459 qui détermine les formes dans lesquelles la vente doit se faire : « La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs aux lieux accoutumés dans le canton. »

Ces dispositions doivent-elles être observées pour la vente des immeubles situés en pays étranger? Il faut d'abord distinguer entre les conditions prescrites pour que la vente puisse se faire et les formalités que la loi exige pour la vente. Le tuteur administre les biens du mineur, dit l'article 450 du code civil : c'est dire qu'il est chargé de conserver; l'administrateur n'a ni le droit, ni la mission d'aliéner, ni de faire des actes de disposition, tels qu'hypothéquer, ou des actes qui peuvent conduire à l'aliénation, tels qu'emprunter. Il ne peut pas même faire des actes de disposition qui lui paraîtraient utiles; car il ne doit pas spéculer, ce droit n'appartient qu'au propriétaire. Voilà pourquoi le code Napoléon pose en principe que la vente ne peut être autorisée que pour cause d'une *nécessité absolue* ou d'un *avantage évident*. Cette condition est de l'essence même de l'aliénation que le tuteur se propose de faire; donc, il doit l'observer pour les ventes de biens situés en pays étranger. On ne peut pas dire que les formes des actes dépendent de la loi du lieu où ils se passent, car il s'agit, non d'une forme, mais d'une condition requise pour que le tuteur, simple administrateur, puisse faire un acte de disposition. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute.

A mon avis, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont aussi des conditions : en effet, elles se rattachent à la disposition qui exige une nécessité absolue ou un avantage évident, pour que le tuteur ait le droit de vendre. Le code lui-même le dit : si c'est pour cause de nécessité absolue que le tuteur propose de vendre un immeuble, il doit constater, par un compte sommaire, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants (art. 457). Quant à l'avantage évident, c'est également une question de fait; le tuteur doit prouver qu'il y a évidemment avantage ou nécessité à vendre; et le conseil de famille appréciera. Pour donner au mineur la garantie que réellement l'aliénation se fait sous les conditions prescrites par la loi, le code civil fait intervenir le tribunal. C'est un acte de juridiction gracieuse comme l'autorisation du conseil de famille, et il

a le même but: sauvegarder les intérêts du mineur, en veillant à ce que ses immeubles ne soient pas vendus sans qu'il y ait nécessité absolue ou avantage évident. L'autorisation et l'homologation ne sont qu'un seul et même acte : c'est en vertu de l'autorisation que le tuteur agit, mais, pour être valable, l'autorisation doit être homologuée.

On objecte que le code lui-même (art. 460) qualifie de *formalités* les dispositions des articles 457 et 458. En un certain sens, on peut leur donner ce nom; on a toujours distingué les formes *habilitantes* et les formes *extrinsèques* ou *instrumentaires*. On entend par formalités *habilitantes* celles que le législateur établit à raison de l'incapacité des personnes qui figurent dans un acte juridique. Telle est l'autorisation du mari ou de justice, nécessaire pour qu'une femme mariée puisse contracter; telles sont aussi l'autorisation du conseil de famille, et s'il y a lieu, l'homologation du tribunal, requises pour que le tuteur puisse faire certains actes dans l'intérêt de son pupille. Il est de principe que les formalités habilitantes dépendent du statut personnel qui suit l'incapable partout où il traite, quel que soit le lieu où l'acte se passe, et quand même dans ce lieu il n'y aurait pas de conditions requises pour habiliter les incapables, ou qu'il y en aurait d'autres que celles du statut personnel. Ainsi, peu importe le nom de *formalités* que la loi donne à l'intervention du conseil de famille et du tribunal, le statut qui les régit est le même que celui qui régit les *conditions* requises pour la vente des biens appartenant aux mineurs, parce que la raison des conditions et des formalités habilitantes est la même, la protection que la loi accorde aux incapables.

J'ajouterai que l'expression de *formalités*, appliquée à l'autorisation et à l'homologation est mauvaise, car elle prête à confusion; le mot de formes éveille l'idée de formes instrumentaires, et l'on est tenté, par conséquent, de croire que toutes les formes indistinctement sont soumises à l'adage *Locus regit actum*. Je renvoie à ce que j'ai dit, dans le cours de ces Etudes, sur cette confusion d'idées (1).

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 454, n° 251.

121. L'article 459 du code Napoléon prescrit les formes dans lesquelles doit se faire la vente des biens appartenant aux mineurs. Cet article a été remplacé en Belgique par la loi du 12 juin 1816, qui a introduit des formes plus simples et moins coûteuses; la vente se fait par le ministère d'un notaire, aux enchères, par devant le juge de paix et en présence du tuteur ou du subrogé tuteur. Ces formes dépendent-elles du statut personnel ou du statut réel? faut-il appliquer le principe *Locus regit actum?* ou doit-on appliquer la règle que l'on suit généralement pour les formes de procédure? Ces questions sont controversées, et il y a quelque doute. J'examinerai la difficulté, en principe, puis j'exposerai l'état de la jurisprudence.

Il faut d'abord écarter le système qui assimile les formes de la vente aux formes de procédure. Il est vrai que, d'après le code Napoléon, la vente se faisait en justice, mais l'intervention des tribunaux n'était pas un acte de juridiction contentieuse, c'était un acte de juridiction volontaire, c'est-à-dire une protection assurée aux incapables; le législateur croyait que les formes solennelles d'une vente judiciaire étaient les plus propres à sauvegarder les intérêts des mineurs. Il s'est trompé; les formes de justice entraînaient des frais considérables, au grand préjudice de ceux dans l'intérêt desquels ces formes étaient établies. D'après la loi du 12 juin 1816, la vente se fait par le ministère d'un notaire, seulement le juge de paix y intervient, et la vente doit se faire aux enchères et en présence du tuteur. Ce sont des formes plus simples, qui dépendent de la juridiction gracieuse. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la règle que l'on suit pour la procédure, à savoir la loi du pays où le procès a lieu, car il n'y a pas de procès; si la loi prescrit certaines formes, c'est pour protéger les incapables.

Par la même raison, il n'y a pas lieu d'appliquer l'adage traditionnel, *Locus regit actum*. Cette règle concerne les formes établies pour assurer la libre expression de la volonté des parties; elle est donc étrangère aux formes prescrites par la loi de 1816, c'est-à-dire à l'inter-

vention du juge de paix, du tuteur ou subrogé tuteur, et à la formalité des enchères. Ces dispositions ont pour but de protéger des incapables; en ce sens elles font partie du statut personnel. Il y a un élément qui est régi par la loi du lieu où l'acte se passe, c'est la rédaction de l'acte de vente par le notaire : tout acte notarié tombe sous l'application de la règle qui veut que les actes soient reçus dans les formes prescrites par la loi du lieu où ils sont reçus, donc aussi les actes de vente des biens appartenant aux mineurs, puisque, aux termes de la loi de 1816, elles doivent se faire par le ministère d'un notaire.

Il reste le statut personnel et le statut réel. On a dit que c'est une règle généralement suivie que les conditions et les formes de la vente dépendent de la loi du lieu où les immeubles sont situés (1). L'article 3 du code Napoléon semble conçu en ce sens : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Savigny conteste qu'il en soit ainsi en théorie, et même dans la pratique. Pourquoi le législateur prescrit-il, pour la vente des biens appartenant aux mineurs, des formes particulières? Ce n'est certes pas par une considération puisée dans la nature des biens : les immeubles des mineurs ne diffèrent pas des immeubles possédés par des majeurs; si la vente des uns est soumise à des formes spéciales, ce doit être à raison de leur incapacité, et cela est d'évidence; le but de la loi est toujours de protéger les intérêts des mineurs, à raison de leur incapacité. Le motif de la loi étant absolument étranger au statut réel, il faut l'écarter; on aboutit par conséquent à rapporter les formes au statut personnel. Et, en réalité, toutes les dispositions de la loi en matière de vente de biens appartenant aux mineurs ont le même objet, la protection des incapables : les conditions de la vente, l'intervention du conseil de famille et du tribunal, les formes de la vente, la présence du juge de paix et du tuteur. Pourquoi les formes de la vente seraient-elles réelles, tandis que les conditions et formalités qui autorisent la vente seraient

(1) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 65, n° 54.

personnelles? Il y a, dans l'opinion invoquée par Schäffner, une confusion d'idées; elle confond les formes de la vente avec celles auxquelles s'applique la règle *Locus regit actum*, et elle considère cette règle comme une dépendance du statut réel. Il y a encore l'influence de l'ancienne doctrine qui réputait réelles toutes les lois concernant les immeubles, et en droit français on peut soutenir que le code civil consacre la tradition. Cela est vrai, mais il ne faut pas mutiler la tradition, il faut la prendre tout entière; or, à côté de la règle qui déclare réelles les lois sur les immeubles, le code Napoléon reproduit une autre règle d'après laquelle les lois concernant l'état et la capacité sont personnelles. Et qui pourrait nier que les formes établies par la loi pour la vente des biens des mineurs n'ont d'autre raison d'être que leur état et l'incapacité qui en résulte (1)? Cela me paraît décisif.

122. Une femme belge mariée avec un baron allemand est interdite dans le grand-duché de Bade. Le tuteur, autorisé par le conseil de famille, demande au tribunal d'Ypres l'autorisation de vendre des biens situés en Belgique. Le tribunal refuse l'autorisation, et décide que la vente des immeubles est soumise à la loi belge. Sur l'appel, la cour de Gand réforme la décision, en ce qui concerne le droit de vendre, lequel dépend du statut personnel; quant à la forme dans laquelle la vente doit se faire, elle est déterminée par la loi de la situation des biens. L'arrêt ne contient pas d'autres motifs; il ne cite pas même l'article 3 du code Napoléon. Mais on voit, par les conclusions de l'avocat général, que la cour a suivi l'opinion de Fœlix, en considérant comme réel tout statut concernant les immeubles. L'officier du ministère public croyait que tel était le principe généralement admis par les nations civilisées (2). Mais l'autorité de Fœlix est trompeuse, en ce sens qu'il enseigne la doctrine de l'école réaliste, comme je l'ai dit dans l'Introduction de ces Etudes, et en traitant du statut réel, j'ai prouvé qu'il était, sur

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 344, n° 2, § 380.
(2) Gand, 26 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 34).

presque tous les points, en opposition avec son annotateur, M. Demangeat.

L'arrêt de Gand est de 1847. La même année, la cour de cassation de Berlin rendit une décision contraire, dans une espèce analogue. Un mineur, domicilié dans la Bavière, y fut pourvu d'un tuteur. Celui-ci vendit de la main à la main, conformément à la loi bavaroise, des biens de son pupille situés dans les provinces rhénanes de la Prusse. Le pupille devenu majeur demanda la nullité de la vente, par le motif que les conditions et les formes prescrites par le code Napoléon n'avaient pas été observées; or les biens étant situés dans les provinces rhénanes, où le code Napoléon est encore en vigueur, il fallait appliquer les articles 457-460. Cette demande fut rejetée dans toutes les instances, par le motif que le mineur domicilié dans la Bavière était régi par sa loi personnelle (1).

123. La cour de Liége s'est prononcée pour le statut réel. Dans l'espèce, les biens étaient situés dans les Pays-Bas; le mineur était Belge. La cour décida que lès tribunaux belges étaient compétents pour autoriser la vente et donner aux parties qualité pour y procéder; mais qu'ils devaient, en l'autorisant, renvoyer aux tribunaux étrangers pour qu'il y fût procédé d'après les formalités prescrites par la loi territoriale, parce que ces formalités sont d'*ordre public* et tiennent aux principes du *statut réel* (2). Il me semble qu'il y a contradiction dans les termes. Les ventes en général ne sont certes pas d'*ordre public*, quel que soit le sens que l'on donne à cette vague expression, qui joue un si mauvais rôle dans notre science; elles sont de pur intérêt privé. Pourquoi deviennent-elles d'ordre public quand des mineurs y figurent? Ce ne peut être qu'à raison de leur incapacité; or quand une loi est déterminée par l'état d'un incapable, elle est personnelle : la cour de Liége a donc tort de la qualifier de statut réel. Ce qui paraît l'avoir décidée, c'est l'intérêt que les mineurs

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 345 et 346.
(2) Liége, 22 novembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 68).

avaient à ce que les biens fussent vendus dans le lieu de leur situation. Soit, mais l'intérêt n'est pas un motif de droit. La loi ne dit pas, d'ailleurs, que les biens situés à l'étranger doivent être vendus en Belgique ; elle veut seulement que le statut belge soit observé, bien entendu quand la chose est possible ; si, dans le lieu de la situation des biens, les formes diffèrent, on doit forcément s'en rapporter à la loi territoriale. Les garanties de la loi étrangère ne paraissent-elles pas suffisantes au juge, il ordonnera que la vente se fasse en Belgique (1). Il y a des inconvénients dans l'un et l'autre parti, mais les inconvénients n'ont rien de commun avec la question de droit.

124. Un autre arrêt de la cour de Liége se prononce pour la personnalité. La cour pose en principe « que la loi qui fixe le mode de vente des biens immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs, ayant pour but principal la protection de ces derniers, constitue, par les *formalités habilitantes* qu'elle prescrit, un statut personnel et non pas un statut réel, dont le caractère distinctif est d'avoir pour *objet direct* et *prédominant* les immeubles eux-mêmes. Quant aux *formalités probantes et intrinsèques*, il faut se conformer aux lois du pays où les actes sont faits ou passés, suivant le principe *Locus regit actum* ». Je ne sais ce que la cour entend par formalités *intrinsèques* et *probantes*; sont-ce les formes prescrites par l'article 459 du code Napoléon, remplacées en Belgique par la loi du 12 juin 1816? Dans ce cas, la cour se met en contradiction avec son propre principe ; en effet ces formalités sont étrangères à la *force probante* de la vente ; elles ont uniquement pour objet de garantir les intérêts des mineurs ; donc, en vertu du principe de la cour, elles forment un statut personnel. La cour dit ensuite que la vente peut se faire en Belgique, quoique les biens fussent situés en Hollande, et dans l'intérêt des mineurs elle décide que la vente se fera en Belgique, d'après la loi belge (2).

(1) Comparez Timmermans, loi du 12 juin 1816, t. Ier, p. 249, nos 355-358.
(2) Liége, 5 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 29).

125. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bruxelles, le père espagnol demandait la nullité des délibérations prises par un conseil de famille réuni à Bruxelles, pour autoriser la vente des biens appartenant à son enfant mineure. La nullité fut prononcée, parce que le père, d'après son statut personnel, conservait la puissance paternelle, et n'était pas soumis au contrôle du conseil de famille. Mais la cour, se fondant sur l'article 3 du code civil, décida que les immeubles devaient être vendus dans les formes et sous les conditions de la loi du 12 juin 1816, tous les immeubles situés en Belgique étant régis par la loi du territoire. La cour en conclut qu'il appartient au tribunal qui ordonne la vente de veiller aux intérêts des mineurs et de prescrire d'office toutes les mesures propres à sauvegarder ses intérêts, et à empêcher qu'ils ne soient lésés. Elle confirma, en conséquence, le jugement de première instance qui avait ordonné que la part revenant à la mineure dans le prix de vente serait déposée à la caisse des consignations (1). La conséquence fait un étrange contraste avec le principe. En disant que le statut est réel, la cour décide qu'il a en vue principalement et directement les immeubles; et dans sa conclusion il n'est question que des intérêts de la mineure, donc de la protection à accorder à un incapable : qu'est-ce que cela a de commun avec la nature des biens et avec le statut qui les régit?

La décision de la cour était très prudente au fond; le père étranger ne présentant aucun moyen de solvabilité, la mineure risquait de perdre le seul bien qu'elle possédât (2). Mais la question n'est pas un débat d'intérêt; si, comme l'a très bien jugé la cour, le père conservait la puissance paternelle dans toute sa plénitude, et si cette puissance lui donnait le droit de disposer des biens de ses enfants, sans intervention de la justice, la cour n'avait pas le droit d'intervenir. La mineure en aurait pu souffrir, mais la faute en était à la loi espagnole que le juge étranger doit respecter quand il s'agit d'un statut personnel.

(1) Bruxelles, 29 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 55). Comparez le t. II de ces Etudes, p. 524, suiv., n° 288).
(2) Bruxelles, 4 mai 1866, dans la même affaire (*Pasicrisie*, 1867, 2, 346).

126. Je mentionnerai encore, dans cette matière difficile, un jugement du tribunal de Verviers. Les mineurs étaient domiciliés en Prusse. Le tuteur se fit autoriser par un conseil de famille tenu au domicile des mineurs; il demanda ensuite l'homologation de cette délibération, au tribunal de Verviers, dans le ressort duquel les biens étaient situés. Le tribunal se déclara compétent, mais décida qu'il n'y avait pas lieu d'homologuer ladite délibération. En principe, le tribunal distingue entre l'avis des parents et l'homologation; l'avis des parents dépend du statut personnel, et il en est de même des pouvoirs du tuteur. Mais l'homologation du tribunal doit être donnée en Belgique. Le tribunal donne comme motif que les *mesures d'exécution* à prendre en Belgique doivent être observées strictement, sous le contrôle des tribunaux belges, qui ont pleine juridiction à cet égard, et ont le devoir de veiller à ce que les intérêts des mineurs ne soient aucunement compromis. Le tribunal en conclut qu'il lui appartient d'apprécier si la *délibération* du conseil de famille doit recevoir son *exécution* en Belgique (1). Cette décision confond ce que Savigny distingue avec tant de précision. Le soin de veiller aux intérêts des mineurs dépend du statut personnel, puisqu'il s'agit de la protection que la loi nationale accorde à ceux de ses sujets qui sont incapables. Cela n'a aucun rapport aux biens considérés comme tels. Or, les tribunaux belges n'ont pas pour mission de protéger les mineurs étrangers domiciliés dans leur patrie; ils ne pourraient intervenir que s'il y avait un statut réel en cause; et le droit ou le devoir « de veiller à ce que les intérêts des mineurs ne soient pas compromis » ne forme certes pas un statut réel, puisque ce statut a principalement et directement pour objet les immeubles. Cela me paraît décisif. Il y a une autre confusion dans le jugement de Verviers. Il considère comme personnel le statut étranger qui concerne la délibération du conseil de famille, et il répute réel le statut qui exige l'homologation. Or l'homologation et l'autorisation sont

(1) Verviers, 21 décembre 1876 (*Pasicrisie*, 1878, 3, 46).

un seul et même acte (n° 120). Conçoit-on qu'une moitié de l'acte dépende du statut personnel, et l'autre moitié du statut réel? C'est diviser ce qui est indivisible. Il n'est pas exact de dire que l'homologation est une mesure d'exécution. Ce n'est pas le tribunal qui autorise la vente, il ne fait qu'approuver la délibération du conseil de famille qui l'autorise. On pourrait soutenir que l'homologation émanée du tribunal étranger doit être rendue exécutoire en Belgique, mais il ne s'agit pas, pour le moment, de la force exécutoire de la délibération et de l'homologation; le vrai objet de la difficulté est de savoir si le statut d'homologation est réel, alors que, de l'aveu du tribunal, le statut d'autorisation est personnel : cela serait contradictoire, car le jugement d'homologation n'est autre chose que la délibération du conseil approuvée par le juge.

127. Je crois inutile de m'arrêter au droit anglo-américain, en cette matière. La *common-law* n'est pas une loi du dix-neuvième siècle, c'est une loi féodale; les nations du continent européen n'ont aucune envie de revenir au droit du onzième siècle, en refusant de reconnaître le tuteur étranger, de même que tout administrateur, sans distinguer entre les biens et la personne des incapables, et sans distinguer non plus entre les meubles et les immeubles. Cela est logique, mais si jamais la logique a compromis les mauvaises causes, c'est dans l'espèce. Le législateur anglo-américain aurait-il la prétention de donner aux mineurs et interdits étrangers une protection plus efficace que celle qu'ils trouvent dans leur loi nationale? Cela est absurde. Et le motif de ce droit singulier est plus absurde encore : c'est le droit du sol! Est-ce qu'au dix-neuvième siècle le sol est encore souverain?

Story constate ces principes sans songer à les critiquer (1). C'est du reste la manière des légistes anglo-américains. Qu'ils procèdent ainsi quand il n'y a en cause que des Anglais ou des Américains, soit, c'est leur affaire. Mais quand il s'agit du droit civil international, les légistes feraient bien de se rappeler que notre science

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 630 et 635, §§ 499-504 *a*.

n'existe qu'à une condition, c'est qu'il y ait un lien entre les nations. Or, peut-il être question d'un droit *international* privé, alors que deux puissantes nations s'obstinent dans des préjugés qui datent de la féodalité, en refusant tout droit et tout pouvoir à des gardiens étrangers? Cependant Wharton, en constatant que le tuteur étranger n'a aucun droit quant aux immeubles, pour lesquels on suit la loi de la situation, ajoute que l'on ne parviendra pas à ébranler ce principe (1). Il est vrai qu'il plonge ses racines jusqu'au onzième siècle; mais l'arbre de la féodalité est déjà ébranlé, il cédera à l'action du temps et de la civilisation. Et s'il était immortel, je ne sais pourquoi les publicistes prendraient la peine d'écrire de gros volumes de 714 pages sur le droit international privé, car notre science serait et resterait imaginaire. Phillimore accuse les Américains de refuser aux gardiens étrangers toute espèce d'autorité, même pour la simple administration; il dit que cette pratique est contraire à celle du monde civilisé. Si cela est vrai de l'administration, cela est vrai aussi de l'aliénation. Le reproche peut donc être rétorqué contre les Anglais, quoiqu'ils admettent les gardiens étrangers à agir en justice pour des droits mobiliers (2). Je me refuse à croire que la race anglo-saxonne se résigne à être mise au ban des peuples civilisés!

CHAPITRE IV.

DU DROIT DE SUCCESSION (3).

SECTION PREMIÈRE. — Principe général.

§ Ier. — *Nature du statut.*

128. Le statut des successions est-il réel ou personnel? C'est une des questions les plus importantes et aussi

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 251, § 269.
(2) Phillimore, *Private international law*, p. 418 et suiv., § 553.
(3) *De la Succession légitime et testamentaire en droit international privé*, par Ch. Antoine, avec une préface de M. Ernest Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy (1876). C'est une thèse de doctorat bien faite, elle reproduit l'enseignement de M. Dubois, ce qui ajoute à sa valeur.

des plus controversées du droit civil international. En exposant les principes de notre science, je me suis prononcé pour la personnalité, en théorie, et pour la réalité, au point de vue de la tradition française qui a été consacrée par l'article 3 du code Napoléon. Comme tout est sujet à controverse en cette matière, il convient de résumer le débat en le complétant. Il faut d'abord bien distinguer la théorie et le droit positif. Dans le domaine des principes, il ne saurait y avoir de doute; sur ce terrain on peut dire que le débat est épuisé; l'opinion générale est aujourd'hui que le statut est personnel. Cela est d'évidence, si l'on considère le droit héréditaire comme une dépendance du droit de famille. En vertu de quel droit succédons-nous? En vertu du droit que nous donne le sang qui coule dans nos veines : en nous faisant naître dans le sein d'une famille, Dieu nous donne par cela même part à ses biens. Le lien qui nous attache à une famille étant essentiellement personnel, les droits qui en résultent doivent avoir la même nature : nous sommes partout membres de la famille à laquelle nous appartenons ; le sang ne change pas d'après la situation des biens qui sont le partage de notre famille, les droits qui en découlent doivent donc être les mêmes partout. Si, à raison de la division du genre humain en nations, l'ordre des successions n'est pas le même dans toutes les législations, il faut s'en tenir au principe sur lequel repose le droit héréditaire, la parenté : puisque les liens de la filiation sont partout reconnus, en vertu du statut personnel, ce statut doit déterminer aussi les droits qui en sont une dépendance. Déclarer personnel le droit de famille, et réel le droit de succession, serait une contradiction dans les termes : l'accessoire ne saurait avoir une autre nature que le principal.

On aboutit à la même conséquence quand on se place sur le terrain des principes qui régissent le droit d'hérédité. Sur le continent européen c'est partout la théorie romaine qui prévaut. L'héritier est le représentant de la personne du défunt, il la continue, alors même qu'il ne recueillerait pas un pouce de terre. Dès lors le statut des

successions ne saurait être réel. On ne succède pas aux biens, on succède à la personne ; or conçoit-on que l'héritier soit le représentant du défunt dans tel pays, et qu'il ne le soit point ailleurs, à raison de la situation des biens dans des territoires différents, régis par des lois diverses?

Il y a une autre raison également péremptoire de se prononcer en faveur de la personnalité du droit héréditaire. La succession *ab intestat* est considérée comme le testament tacite du défunt; en effet, en ne disposant pas de ses biens par un acte de dernière volonté, il s'en rapporte tacitement à la loi pour la transmission de ses biens, qu'il n'entend certes pas laisser à l'abandon. Or la volonté de l'homme, qu'elle soit tacite ou expresse, ne connaît pas de limite territoriale; elle embrasse, au besoin, le monde entier; elle est donc essentiellement personnelle. C'est chose absurde de dire que le testateur veuille subordonner ses dispositions à l'empire de cent lois diverses qu'il ne connaît point ; c'est sa volonté qui fait loi dans les actes à cause de mort, comme dans les actes entre-vifs; c'est donc aussi la loi des successions, qu'il adopte tacitement en ne testant point, qui doit régir la transmission de son patrimoine. Cette loi est celle qui gouverne sa personne, celle qui organise sa famille, loi qui est aussi l'expression de ses sentiments et de ses idées, on peut ajouter de sa volonté, dans notre état politique. Jadis on disait que c'était la loi du domicile, aujourd'hui nous disons avec bien plus de raison que c'est la loi nationale (1).

129. Ces quelques lignes suffisent pour décider une question qui n'a reçu une solution différente que sous l'influence du régime féodal. Au moyen âge, tout était réel, territorial, à commencer par la souveraineté. La terre donnant la puissance souveraine, le statut territorial devait décider à qui la terre serait transmise, au décès du possesseur. Cela explique comment le statut des successions était généralement, et sur le continent de l'Europe, il faut dire universellement réputé réel. Du temps des

(1) Je renvoie pour le développement de ces idées au tome II de ces Études, p. 211, sect. II.

glossateurs, il y avait encore quelques dissentiments, fondés sur les idées romaines (1). Mais le milieu féodal dans lequel vivaient les légistes avait plus d'influence que les doctrines des jurisconsultes de Rome, quelque grande que fût leur autorité. Au seizième siècle, la personnalité du statut des successions trouva un défenseur dont le nom illustre effaça la gloire qui pendant des siècles avait entouré l'école des glossateurs. Cujas ne comprenait point que l'héritier étant le représentant de la personne du défunt, le représentât d'une façon différente selon la situation des biens : l'unité des personnes conduit logiquement à l'unité du patrimoine et, par conséquent à une loi unique, celle du domicile du défunt, c'est-à-dire au statut personnel ou national (2). Mais telle était la puissance des idées féodales qui régnaient encore dans les mœurs, que l'opinion de Cujas passa inaperçue; elle n'eut aucune influence sur les statutaires français et belges, tous coutumiers, élevés dans la maxime qui réputait toutes les coutumes réelles. Ceux-là mêmes qui donnaient le plus à la personnalité ne songèrent pas à s'écarter d'une tradition séculaire. Dumoulin ne discute pas même la question; on voit que la réalité est devenue un axiome : les enfants, dit d'Argentré, n'en doutaient plus (3). L'autorité de la tradition l'emportait sur les inconséquences et les absurdités du statut réel en cette matière; les statutaires ne les déguisaient pas. Froland parle du *caprice* de nos coutumes : « Un héritier, dit-il, enlèvera quelquefois lui seul tous les fonds d'une province; il partagera ceux d'un autre territoire par portion égale avec ses cohéritiers, et peut-être il arrivera que dans d'autres il ne pourra rien prétendre. » N'importe, dans tous les cas, il n'y avait d'autre règle à suivre que les dispositions des coutumes où les biens étaient situés. Chose singulière, nos statutaires avaient oublié le dissentiment de Cujas et de quelques glossateurs. « On ne voit pas, dit Froland, que les avis aient jamais été par-

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 331, n° 241.
(2) *Cujacii consilia*, XXV.
(3) Voyez les témoignages dans ces Etudes, t. Ier, p. 376, n° 269; et p. 518, n° 358; et t. II, p. 225, n° 121.

tagés sur cette matière, que nos pères ont toujours considérée comme réelle (1). »

Il va sans dire que les légistes belges et hollandais, presque tous réalistes à outrance, abondaient dans ces sentiments. Cependant au moment même où les statutaires proclamaient à l'envi que la réalité du statut des successions était certaine, et qu'on ne l'avait jamais contestée, la doctrine traditionnelle était attaquée en Allemagne, grâce sans doute à l'autorité légale dont le droit romain y jouissait; et la doctrine y a une autorité presque aussi grande, ce que l'on ne doit pas perdre de vue quand on apprécie les théories allemandes; les professeurs des universités remplissaient des fonctions judiciaires; et les magistrats écrivaient sur le droit; c'est ainsi que la personnalité du statut pénétra dans la jurisprudence, et finit par être universellement admise dans toutes les écoles, par les germanistes aussi bien que par les romanistes. De nos jours, la nouvelle théorie a été consacrée par le code italien, et nous espérons qu'elle sera inscrite dans le code des Belges.

130. Le code Napoléon n'a qu'un seul article sur le droit civil international, et cet article ne parle pas du droit héréditaire. Toutefois les auteurs et les arrêts se sont prononcés presque unanimement pour la réalité du statut des successions (2). Je me suis rangé à cet avis, tout en critiquant la doctrine traditionnelle que l'article 3 du code civil a consacrée. A cela on a répondu : « Au lieu de reprocher au texte d'être contraire aux vrais principes, ne convient-il pas d'admettre qu'il y est conforme, dès que cette interprétation n'est pas impossible? Or, elle ne serait impossible que si la volonté du législateur de comprendre les successions parmi les statuts réels était indubitable, ce qui n'est pas (3). »

Je suis heureux de constater que la doctrine de la per-

(1) Froland, *Mémoires*, t. II, p. 1290. Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 103 et suiv.

(2) Voyez les témoignages dans *Antoine*.

(3) M. E. Dubois, dans le *Journal du droit international privé*, t. II, p. 51-54 (1875).

sonnalité du statut des successions pénètre en France; c'est le seul moyen de préparer une réforme de la législation; mais, tant que cette réforme ne sera pas accomplie, on tenterait vainement de faire accepter par la jurisprudence le principe de la personnalité. Les auteurs peuvent tenter ces aventures en essayant de faire un nouveau code civil; ils trouveront peut-être l'un ou l'autre tribunal qui les suivra dans cette entreprise impossible, mais les cours repousseront toujours une interprétation forcée qui les mettrait en contradiction avec la volonté bien clairement manifestée du législateur. Chose remarquable : dans la thèse qui a pour objet d'établir le principe de la personnalité du statut des successions, l'auteur prétend que le code garde le silence sur la question, et dans le silence de la loi, il la décide d'après les principes. Je repousse ce système d'interprétation, à tous égards. D'abord je nie qu'il y ait silence du code; et en supposant même qu'il y ait silence de la loi, l'interprète n'est pas libre de décider d'après les principes que lui estime être les vrais; il doit avant tout rechercher la volonté du législateur, et, dans l'espèce, cette volonté n'est pas douteuse. Quel est l'objet de l'article 3 du code civil? Je fais abstraction pour le moment des travaux préparatoires, je suppose que nous n'ayons rien que le texte pour nous éclairer sur ce qu'ont voulu les auteurs du code Napoléon. Eh bien, je dis qu'il est de toute évidence que l'article 3 consacre des principes admis par la tradition, sous le nom de statuts réels et de statuts personnels. Admettons qu'il y ait doute sur le point de savoir si le droit héréditaire dépend du statut réel ou du statut personnel, que faut-il faire pour résoudre ce doute? Quand une matière est empruntée à la tradition, on recourt à la tradition pour interpréter le code civil. Cela est élémentaire, et cela ne saurait être contesté. Donc pour répondre à notre question, il faut consulter les auteurs anciens qui ont écrit sur les statuts et la jurisprudence ancienne. Or, il n'y a qu'une voix, dans la doctrine traditionnelle, sur la nature du statut des successions; au dix-huitième siècle, on n'avait même aucun souvenir que la réalité du statut eût jamais été contestée; tout le

monde était d'accord pour affirmer que ce statut était réel, on disait que cela était *certain*. Et cependant on veut faire dire au législateur français, qui ne connaissait que la tradition française, que le statut est personnel. Quoi! les auteurs du code civil ignoraient, de même que nos vieux légistes, que l'on eût jamais soutenu la personnalité du statut des successions, et l'on prétend qu'ils ont consacré cette doctrine qui venait de s'introduire en Allemagne, et qui a seulement été admise dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle par le code d'Italie! L'anachronisme est palpable, et il prouve l'*impossibilité* absolue que le législateur français ait voulu admettre le principe de personnalité. Au moment où le code civil a été préparé et discuté, il y avait deux systèmes sur la nature du statut héréditaire : en France tout le monde le considérait comme réel, en Allemagne on le réputait personnel : les auteurs du code, élevés dans les idées françaises, ne connaissaient pas la jurisprudence contraire qui régnait en Allemagne; le système français était aussi celui de la Belgique et de la Hollande. Est-il raisonnable de prétendre que le législateur français ait admis un droit qu'il ignorait, et qu'il ait rejeté un droit qu'il connaissait?

J'ai supposé qu'il y a silence de la loi. La supposition n'est pas exacte. Il est vrai que le mot de succession ne se trouve pas dans l'article 3, mais le principe qui sert à décider si le statut héréditaire est personnel ou réel y est. Pourquoi le statut des successions immobilières était-il réel dans l'ancien droit? Parce qu'il avait pour objet des immeubles, or la réalité des coutumes en ce qui concerne la transmission des immeubles était un principe incontesté et dont personne ne songeait à s'écarter; voilà pourquoi d'Argentré disait que les enfants n'en doutaient point. Telle étant la tradition unanime du droit français, il était inutile d'écrire, dans l'article 3, les applications du statut réel aux successions immobilières, il suffisait d'y consacrer la réalité du statut immobilier. Le but du législateur français n'était point de formuler une théorie complète des statuts; il ne voulait qu'établir les principes généraux, en abandonnant les applications à l'interprète, et

pour ces applications, on doit naturellement consulter la tradition que les auteurs du code ont entendu consacrer. Ceci est un point essentiel, et sur ce point précisément la *thèse* garde le silence. J'ai cité les témoignages (1), les paroles de Portalis, de Faure, de Grenier, c'est-à-dire de tous les organes de la nouvelle législation : tous déclarent que l'article 3 consacre les principes enseignés par nos anciens légistes, principes qui avaient *toujours* été admis. Donc ils ont aussi consacré le principe traditionnel de la réalité du statut des successions, peut-être le seul principe sur lequel les statutaires fussent unanimes.

131. M. Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy, invoque l'autorité de Savigny. Le code prussien contient une disposition analogue à celle de l'article 3 du code Napoléon : « Les biens immobiliers sont régis par la loi de leur situation. » Ce qui n'a pas empêché Savigny de soutenir et de prouver que, sous l'empire du code prussien, le statut des successions est personnel. Donc l'article 3 du code civil ne s'oppose pas à ce qu'en droit français on admette le même principe. L'argument me paraît d'une faiblesse extrême. Si l'article 3 du code Napoléon décide la question, c'est parce qu'il ne fait que reproduire la tradition, et y renvoyer ; ce qui était *certain* sous l'ancien droit est aussi *certain* sous le nouveau, puisque l'ancien et le nouveau ne forment qu'une seule et même législation. En était-il de même en Prusse? Non, certes. Au moment même où le législateur prussien formulait la règle que je viens de transcrire, le droit commun de l'Allemagne admettait la personnalité du statut des successions; on conçoit donc que les auteurs du code prussien s'y soient rapportés. Qu'est-ce que ce droit commun? C'est le droit romain, tel qu'il a été modifié par les mœurs ; or, le principe du droit romain dans la matière de l'hérédité est la base juridique du droit personnel qui régit les successions. Le droit commun devait donc prévaloir sur un texte qui garde le silence sur les succes-

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 67, n° 40, et Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, 1880, p. 2. Et spécialement, en matière de succession, le t. II de ces Etudes, p. 217, n[os] 116-118.

sions. Il en est tout autrement en France; sous l'empire du code Napoléon, il n'y a plus d'autre droit que celui qui est consacré par le code; si l'on recourt encore à l'ancien droit, c'est dans les matières que le législateur lui a empruntées. Telle est la théorie des statuts; et cette théorie, telle qu'elle était suivie universellement, ignorait le principe de la personnalité du statut des successions. Ainsi tout différait en France et en Prusse : le silence de l'article 3 est un renvoi à la doctrine statutaire, donc la consécration de la réalité du statut : le silence du code prussien est le renvoi au droit commun, donc la personnalité du statut.

L'argument que M. Dubois puise dans le code italien est encore plus faible. Il est vrai que ce code reproduit la disposition du code Napoléon en ces termes : « Les immeubles sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés. » Ce qui n'empêche pas le législateur de disposer immédiatement après que les successions légitimes et testamentaires sont réglées par la loi nationale du défunt. Donc, dit-on, l'article 3 du code Napoléon n'est pas un obstacle absolu à ce qu'à côté du statut réel des immeubles l'interprète puisse admettre le statut personnel des successions. J'ai répondu d'avance à cette argumentation. Le code italien pose une règle qu'il emprunte à la tradition, celle du statut réel des immeubles. Ensuite il consacre une exception à la règle traditionnelle pour les successions : l'exception se concilie toujours avec la règle, en ce sens qu'elle la confirme. Le code français, au contraire, pose une règle absolue, sans y apporter aucune exception; dès lors il n'est pas permis à l'interprète d'y déroger, à moins que la dérogation ne résulte de la volonté du législateur, et le législateur français aurait-il entendu consacrer une exception dont il n'avait aucune idée? L'exception étant impossible, la règle subsiste.

132. Le traité conclu par la France avec la Russie pour le règlement des successions (1er avril 1874) consacre formellement le principe du statut réel. M. Dubois essaye d'écarter l'argument que l'on en tire contre son interprétation de l'article 3. L'argument, dit-il, n'est pas *entière-*

ment décisif. « On sent la différence qui existe entre une convention diplomatique et une loi générale. » Quelle est cette différence? Conçoit-on qu'un traité qui n'a d'autre objet que l'application du droit commun déroge à ce droit commun? Et quel serait bien le motif de cette exception? On n'en donne aucun, et il est impossible d'en donner une raison quelconque : il en résulterait une anomalie qui serait inexplicable. M. Dubois dit que les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 1874, portant approbation du traité, ne jettent pas un jour suffisant sur la pensée du législateur; dans l'exposé des motifs et dans le rapport, la *règle* est seulement *posée*, mais *sans explication;* quant au vote, il a eu lieu sans discussion. Ainsi on est obligé de reconnaître que le gouvernement, qui a proposé la loi et qui a négocié le traité, *pose la règle* de la réalité; mais cela ne suffit point, il aurait dû l'*expliquer*. Est-ce que par hasard les traités qui transcrivent un article du code civil doivent donner l'explication de cet article, pour qu'il soit bien sûr qu'ils ont voulu l'adopter? Et faut-il, quand la commission de la chambre adopte le projet, en posant la même règle, qu'elle fasse une dissertation sur le statut des successions dont la réalité n'est pas mise en doute en France? Avec une pareille manière d'interpréter les lois, on peut leur faire dire à peu près tout ce que l'on veut.

Il y a encore un autre traité, celui conclu entre la France et l'Allemagne (11 décembre 1866) qui reproduit également le principe de la réalité : « La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles sont situés. » Que dit-on pour écarter ce témoignage? Les travaux préparatoires ne disent rien; il en faut conclure, me semble-t-il, que cela a paru inutile aux auteurs du traité et de la loi qui le sanctionne : le texte du code mis en rapport avec la tradition est d'une telle évidence, qu'il suffisait de formuler dans le traité le principe universellement admis (1). Non, dit-on, le *droit*

(1) En ce sens Renault, *De la Succession* ab intestat *des étrangers en France et des Français à l'étranger* (Clunet, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 339).

commun est *obscur*; et les auteurs du traité n'ont pas voulu constater un principe de droit commun, ils n'ont fait que constater une *vieille opinion* pratiquement admise, sans plus s'occuper de son bien-fondé en droit (1). » Est-ce que cette *vieille opinion*, qui n'est pas seulement *pratiquement admise*, mais qui est enseignée par tous les auteurs français, ne serait pas par hasard le *droit commun?* Ce que l'on appelle une *vieille opinion* n'est pas une vieillerie, c'est la tradition constante du droit français, tradition consacrée par l'article 3, d'après la déclaration unanime des orateurs et rapporteurs du gouvernement et du Tribunat. Si l'on trouve ce droit commun *obscur*, c'est parce que dans le système d'interprétation que je combats, il fallait le déclarer obscur, pour pouvoir le remplacer par un principe tout contraire. Si on laissait cette façon d'interpréter le code aux avocats qui ont une mauvaise cause à défendre! Dans l'espèce, la cause est excellente en théorie, et je souscris des deux mains à tout ce que disent les partisans de la personnalité du statut des successions, tout heureux que cette opinion gagne du terrain en France. Mais je ne puis admettre une interprétation qui aboutit à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a dit et de ce qu'il a voulu dire.

133. Ce que je viens de dire s'applique aux excellentes études qu'a publiées sous le titre de *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon*, M. Bertauld, jadis professeur à la faculté de droit de Caen, aujourd'hui procureur général à la cour de cassation. Comme il soutient le principe de la personnalité du statut de succession, je me proposais de défendre contre lui la doctrine de la réalité qui, de l'avis unanime des auteurs français, et d'après la jurisprudence également unanime des cours de France, est consacrée implicitement par le code Napoléon. Mais, à ma grande surprise, je ne trouve rien à combattre dans tout ce que dit M. Bertauld; je suis d'accord avec lui sur tous les points (2); car il parle comme législateur, oubliant

(1) Antoine, *De la Succession en droit international privé*, p. 74.
(2) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales* (1867), p. 56, n°s 75 et suiv.

qu'il n'est que l'interprète du code Napoléon, lequel figure sur le titre de son livre, mais qu'il écarte, au besoin, quand la loi est en opposition avec sa doctrine, sans même dire ce qui l'autorise à se mettre au-dessus de la loi : il n'interprète pas le droit, il le fait. Ainsi dans la longue étude qu'il a consacrée au droit de succession, il ne demande pas même si les auteurs du code civil ont entendu maintenir le droit traditionnel; il ne dit pas un mot de la tradition, pas un mot des travaux préparatoires du code Napoléon; il procède comme procédaient les jurisconsultes romains, qui faisaient réellement le droit, ou comme nos anciens coutumiers, tels que Pothier, qui à chaque pas rejette ce qu'il appelle les subtilités romaines pour mettre à leur place des règles que l'équité lui dicte. Tel est encore le procédé des juristes allemands; et précisément dans la matière qui nous occupe, ils introduisirent le principe du statut personnel, en écartant la tradition séculaire de la réalité. M. Bertauld ne se demande pas si les interprètes français ont encore pour mission de faire le droit; je suppose qu'il est un des nombreux élèves de Demante à qui je me suis permis de reprocher qu'il parle en législateur : Je dis, je décide. Rien de mieux, dans les pays où le droit est coutumier, la science y est l'organe de la conscience nationale, comme dit Savigny : il en était ainsi à Rome et dans l'ancienne France, il en est encore ainsi en Allemagne, où le *droit des juristes* (1) compte parmi les sources du droit. Il n'en est plus de même sous l'empire des codes; un des reproches que Savigny fait à la codification, c'est de fixer le droit, et d'en arrêter le développement naturel. Non, les codes n'immobilisent pas le droit; le législateur, vrai organe du progrès qui s'accomplit dans les sentiments et les idées, a pour mission de réaliser le progrès, en revisant les lois. Le rôle des jurisconsultes n'en sera pas abaissé; seulement au lieu d'écrire le droit, ils le préparent, c'est une manière indirecte de le faire. En ce sens j'applaudis aux Etudes de M. Bertauld, et j'ai été heureux de me trouver d'accord avec lui,

(1) *Das Juristenrecht.*

sans avoir connu ses *Questions doctrinales et pratiques.* Nos principes sont identiques, seulement je ne me crois pas le droit de les introduire dans le code civil, malgré les auteurs du code. M. Bertauld convaincra, je l'espère, les juristes français que la réalité du statut des successions est fausse; cette opinion n'a qu'un appui, la tradition, mais cette tradition est celle de la féodalité. M. Bertauld aurait bien fait de le dire et d'y insister : c'est le meilleur moyen de ruiner en France l'autorité du droit traditionnel. Mais déroger au code civil et innover, en ayant l'air de l'interpréter, est un procédé peu juridique, et que le nouveau procureur général ne parviendra pas à faire prévaloir devant la cour de cassation, gardienne des lois, et obligée de donner l'exemple du respect qui leur est dû.

134. Je ne connais qu'une seule décision qui soit favorable à la personnalité du statut des successions; c'est un jugement du tribunal civil du Havre (28 août 1872) (1). Il est très bien motivé, mais les juges ont oublié l'article 3 du code civil et la tradition qui l'interprète. Je vais transcrire les motifs, c'est une pièce du débat, et il est bon de la recueillir ; si la décision est inutile à l'interprète, elle vaudra comme témoignage contre la doctrine traditionnelle, que les auteurs du code civil ont eu tort de maintenir; et mes Etudes ont en vue non seulement le droit existant, mais aussi le droit futur.

Le tribunal dit très bien que ce n'est pas le lieu de l'ouverture de la succession qui détermine l'ordre de dévolution de l'hérédité et l'attribution des biens héréditaires. « C'est dans un autre ordre d'idées qu'il faut chercher la solution de la question : suivant que l'on envisagera la transmission *ab intestat* d'une succession comme dépendante du statut réel ou du statut personnel, cette transmission sera régie par la loi de la situation des biens, ou par celle de la personne décédée. » Qu'est que le statut réel? Tel est le grand problème de notre science. J'accepte la définition que le tribunal en donne, c'est la doctrine

(1) Clunet, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 182.

que j'enseigne dans ces Etudes : dès que la capacité juridique des personnes est en jeu, le statut est personnel, quoiqu'il règle aussi la condition des biens. « C'est pour avoir méconnu cette portée du statut personnel, que d'éminents jurisconsultes ont rangé dans la catégorie des statuts réels les dispositions relatives à la transmission des successions *ab intestat* et ont soumis cette transmission aux lois de la situation des biens. » Il eût été plus exact de dire que la réalité du statut des successions a ses racines dans la doctrine traditionnelle de la *réalité des coutumes*. Le tribunal paraît ignorer l'histoire de notre science; et faut-il s'en étonner? Mon *Introduction historique* n'est qu'un essai, et c'est le premier qui ait été publié en France. Le tribunal reproche, et avec raison, aux partisans de la réalité la contradiction où ils tombent, en distinguant entre les successions *immobilières* et les successions *mobilières* : j'en ai parlé si longuement qu'il est inutile de m'y arrêter.

Le tribunal constate ensuite que le patrimoine du défunt qui compose sa succession est une universalité juridique distincte des biens qui se trouvent dans l'hérédité; c'est la théorie romaine et celle du droit français. En ce sens on peut dire que la succession est un être de raison, un tout purement idéal qui n'a pas de situation et qui ne se conçoit que par un lien juridique entre l'ensemble des biens et la personne : c'est la *personnalité* du *possesseur* dans ses rapports avec les objets du monde physique. Le tribunal en conclut que « la transmission du patrimoine par l'hérédité n'est, en réalité, que la transmission de la personnalité du défunt, venant se confondre et s'unir avec la personnalité de l'héritier ». La conséquence est que toutes les lois relatives à cette transmission sont éminemment personnelles, et dépendent du statut personnel du défunt. Cela est en harmonie avec l'intention de celui qui transmet son patrimoine *ab intestat*; il est équitable de supposer que le défunt a voulu transmettre ses biens d'après sa loi personnelle, puisqu'il était libre de les transmettre comme il voulait.

Le tribunal invoque encore la loi du 14 juillet 1819.

J'y reviendrai. L'argumentation cloche; elle ne tient aucun compte de l'article 3 du code civil, ni de la tradition à laquelle cet article renvoie. Là est cependant le vrai terrain de la difficulté. C'est le côté faible de la doctrine que je combats.

§ II. — *De la distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière.*

135. L'article 3 du code Napoléon, le seul qui traite des statuts, ne parle que des immeubles. Merlin dit qu'il en résulte *sans difficulté* que le statut des successions est réel quant aux immeubles, c'est-à-dire que les immeubles de l'étranger situés en France seront régis, dans sa succession *ab intestat*, non par la loi de son pays, mais par la loi française. Telle est l'opinion générale, comme je viens de le dire, en combattant quelques dissentiments individuels. Que faut-il décider des successions mobilières? Dans l'ancien droit on admettait que les successions mobilières étaient déférées par la loi personnelle du défunt. Cette différence que l'on faisait entre les successions mobilières et les successions immobilières tenait à une singulière fiction que la doctrine traditionnelle avait établie en matière de statuts. Pothier l'enseigne comme une règle constante du droit français. « On appelle statuts réels, dit-il, les dispositions qui ont pour objet principal les *choses*. Pour savoir à l'empire de quelle coutume une *chose* est sujette, il faut distinguer celles qui ont une *situation véritable* ou *feinte*, et celles qui n'en ont aucune. Les *choses* qui ont une *situation véritable* sont les *héritages* »; on appelait ainsi les fonds de terre et maisons, c'est-à-dire les immeubles, et tout ce qui en fait partie. « Les droits réels, continue Pothier, que nous avons dans un héritage, sont *censés* avoir la même situation que cet héritage. Toutes les choses qui ont une situation *réelle* ou *feinte* sont sujettes à la loi ou coutume du lieu où elles sont *situées* ou *censées* l'être. Les choses qui n'ont aucune situation sont les *meubles corporels* et les créances mobilières. Ces choses suivent la personne à qui

elles appartiennent, et sont, par conséquent, régies par la loi ou coutume qui régit cette personne, c'est-à-dire par celle du lieu de son domicile (1). » Dire que les choses mobilières n'ont pas de situation est également une fiction, toute chose corporelle a une situation, seulement celle des immeubles est fixe, immuable, tandis que celle des meubles est changeante, parce que le caractère distinctif des meubles est précisément qu'ils peuvent se transporter d'un lieu à un autre. Bouhier le dit : « On est assez d'accord que les meubles, encore qu'ils se trouvent hors du territoire de la coutume où le propriétaire est domicilié, la disposition ne laisse pas d'en être réglée par cette coutume. La raison est que les *meubles* n'ayant aucune *assiette fixe*, on suppose, par une *fiction légale*, qu'ils sont tous au domicile de celui à qui ils appartiennent (2). » La *fiction* était *légale* en ce sens qu'elle était consacrée par les coutumes : c'était une maxime coutumière que « meubles suivent le corps ou la personne ». Quand et pour quels motifs cette maxime s'est-elle introduite? On ne le sait, mais on croit qu'elle a d'abord été admise en matière de successions. Le statut réel, qui était reçu partout, présentait de graves inconvénients dans la pratique : il y avait autant d'hérédités que d'immeubles situés dans des coutumes diverses. Or la liquidation des successions est déjà difficile et embrouillée, quand on n'a qu'une loi unique à appliquer; que sera-ce s'il y a plusieurs lois contraires? La difficulté va en augmentant si l'on applique la réalité du statut aux meubles, qui peuvent être dispersés dans le monde entier, depuis que le commerce est devenu un lien entre toutes les nations. Quoi qu'il en soit, la fiction, telle qu'elle est formulée par Bouhier, était admise comme une règle générale dans l'ancien droit.

136. Le code civil garde le silence sur le statut des meubles. En faut-il induire qu'il a rejeté la doctrine traditionnelle? Ce serait très mal raisonner; il faut plutôt en

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale aux coutumes, n°s 23 et 24.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 172, et chap. XXV, n°s 2 et suiv.

tirer la conséquence contraire ; car le législateur a entendu maintenir la tradition, dans la matière des statuts, donc l'ancien droit est encore le nôtre. Pour ce qui regarde le statut des meubles, nous en avons la preuve directe dans les travaux préparatoires. Le livre préliminaire rédigé par la commission chargée de préparer un projet de code civil, contenait la disposition suivante : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est régi par la loi française comme sa personne. » Il est vrai que cette disposition n'a pas été reçue dans le code, mais il en est de même de tout le livre préliminaire, sauf les quelques articles qui ouvrent le code civil ; et si l'on a retranché ces principes généraux sur les lois, ce n'est certes pas parce qu'on voulait les abolir ; on les applique encore journellement ; on ne les a pas codifiés par la raison qu'ils appartiennent à la science plus qu'à la législation. Pour ce qui regarde le statut des successions mobilières, cela n'est pas douteux, car l'article 3 du code civil, en maintenant la tradition des statuts, a maintenu implicitement le statut personnel pour les successions mobilières.

Telle est aussi l'opinion presque universellement suivie, sous l'empire du code civil, par les auteurs et par les arrêts. Je renvoie à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes (1). Si j'y reviens un instant, c'est parce qu'à l'étranger le droit français est si peu connu, et on y recourt à de si mauvaises sources pour le connaître, que les erreurs sont inévitables.

Qui croirait que Rogron est devenu une autorité aux Etats-Unis? A plus forte raison Marcadé passerait-il pour une autorité, s'il tombait dans les mains d'un jurisconsulte anglo-américain. Il établit très bien en théorie qu'il n'y a aucune différence juridique entre les meubles et les immeubles, puis il cite un arrêt de la cour de Rouen de 1813, en faveur de son système, sans dire que la jurisprudence s'est prononcée pour l'avis contraire. L'opinion de Marcadé est restée isolée, comme la plupart des inno-

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, n° 117. Ajoutez Paris, 13 mars 1850 (Sirey, 1851, 2, 791) et 29 juillet 1872 (Sirey, 1873, 2, 148).

vations qu'il a proposées (1). Lui qui reproche si souvent aux interprètes du code civil d'avoir négligé les travaux préparatoires, ne dit pas un mot des discours de Portalis, de Grenier et de Faure, qui sont unanimes à déclarer que l'article 3 du nouveau code reproduit la doctrine des statuts, telle qu'elle était enseignée par tous les publicistes, et admise toujours et partout. Il n'y a donc pas silence du code, comme Marcadé le prétend; le législateur a parlé, en consacrant le droit traditionnel. Cela est décisif.

M. Demolombe pourrait également induire en erreur les publicistes étrangers, dont plusieurs ont fait une étude spéciale du droit civil; le nom que porte notre science est trompeur; elle n'a aucun rapport avec le *droit international*, sauf le but, qui est d'établir entre les peuples une communauté de droit; le but est réalisable en matière de droit privé, et de fait les tribunaux appliquent le droit civil international, tandis que les règles du droit international public n'ont pas de sanction judiciaire, et il est fort douteux qu'elles l'obtiennent jamais. Je ne m'arrête pas au dissentiment de M. Demolombe, puisque j'en ai parlé ici même (2). Je renvoie également à ce que j'ai dit ailleurs de l'opinion de MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (3). Cette opinion a trouvé des contradicteurs; comme la question est générale, j'en ajourne l'examen au chapitre qui traitera du droit patrimonial.

137. L'application du statut personnel aux successions mobilières donne lieu à une difficulté. Qu'entend-on, en cette matière, par statut personnel? Est-ce la loi nationale du défunt, ou est-ce la loi de son domicile? Je me suis prononcé pour le statut national (t. III, n° 173). Même, en l'admettant, il y a encore des questions controversées. L'étranger qui s'établit en France, avec autorisation du gouvernement, jouit de tous les droits civils, dit le code Napoléon (art. 13); c'est dire qu'il est assimilé aux Fran-

(1) Marcadé. *Eléments du droit civil français*, article 3, n° VI (t. Ier, p. 56 de la 2e édition). Sur la jurisprudence, voyez le t. II de ces Etudes, p. 318, n° 171.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 318, n° 172.
(3) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 317, n° 171.

çais. En faut-il induire que sa succession mobilière sera régie par la loi française? La jurisprudence et la doctrine n'ont pas, en cette matière, la précision désirable. J'ai examiné la question en traitant du domicile (t. III, nos 378 et 379). Ces incertitudes sont affligeantes, et elles doivent mettre les légistes étrangers dans un embarras inextricable; il n'y a qu'un fil conducteur dans le labyrinthe du droit, c'est l'étude des principes. J'ai essayé d'établir la science du droit civil sur des principes certains, ce qui m'a conduit à écrire trente-deux volumes sur les principes. Je fais le même essai dans ces Etudes, ce qui les rend aussi très longues. Il est certain que le jurisconsulte le plus consommé ne peut avoir une connaissance également approfondie de toutes les législations. J'ai appelé plus d'une fois l'attention de la diplomatie sur l'ignorance à peu près universelle des lois étrangères, et sur ce qu'il faut faire pour remédier au mal. Mais les diplomates ne sont pas et ne peuvent pas être des juristes. Nous devons préparer leur œuvre. C'est mon excuse pour les longs développements dans lesquels j'entre, dans le but d'établir les vrais principes.

Jadis le statut personnel était déterminé par le domicile de la personne; en France et en Italie, la nationalité a pris la place du domicile, et la doctrine moderne tend à se prononcer pour le même principe. Mais la règle traditionnelle conserve encore son empire dans la science allemande et dans le droit anglo-américain. Cela m'a obligé à exposer l'ancienne théorie du domicile. En matière de succession, elle donne lieu aux conséquences les plus absurdes; je les ai exposées dans le cours de ces Etudes (1). L'absurdité ne témoigne pas pour le principe d'où elle découle; c'est pour cela qu'il est bon de la mettre en évidence.

Il y a encore un autre principe traditionnel qui n'a plus de raison d'être dans notre état social, c'est la distinction dont je viens de parler entre les meubles et les immeubles. Je l'ai combattue dans tout le cours de ces Etudes, et

(1) Voyez le t. III de ces Etudes, p. 559, n° 318, et p. 560, nos 319 et 320.

elle est à peu près abandonnée dans le domaine de la doctrine. Mais elle ne peut disparaître du droit civil international, tant que les législations particulières la maintiendront. C'est pour ce motif que j'en fais la critique aussi souvent que l'occasion s'en présente. Je renvoie à ce que j'en ai dit, dans ces Etudes, en matière de statuts (1).

§ III. *De la succession testamentaire.*

N° 1. LE PRINCIPE.

138. Le droit de disposer de ses biens à cause de mort est-il un statut réel ou un statut personnel? On a souvent confondu, en cette matière, des ordres d'idées très différents. Il y a d'abord une question préliminaire : l'homme jouit-il partout du droit de disposer de ses biens à cause de mort? Cette question se présente également pour la succession *ab intestat :* dans ce que je viens de dire, je l'ai négligée, parce qu'elle est résolue, presque partout, en faveur de la liberté du propriétaire, et j'ai longuement traité du droit d'aubaine qui jadis était généralement pratiqué. En rendant à l'homme une faculté qu'il tient de son droit de propriété, les lois qui ont aboli le droit d'aubaine lui ont aussi reconnu la faculté de disposer comme il l'entend de ses biens à cause de mort. Les deux successions sont, en effet, régies par un seul et même principe. Il s'agit de savoir si l'homme, en cette qualité, jouit partout des droits privés, ou si ces droits n'appartiennent qu'au citoyen dans son pays. L'existence même de notre science est en cause dans ce débat. Si l'étranger n'a pas la jouissance des droits privés, il ne peut pas s'agir de l'application des lois étrangères; il n'y a point de conflit des lois possible quand les lois ne sont faites que pour les naturels du territoire sur lequel s'étend le pouvoir du législateur. C'est la raison pour laquelle les peuples de l'antiquité ignoraient le droit civil international : ils ne reconnaissaient aucun droit à l'étranger, sauf en vertu d'un traité; en l'absence de toute convention, la force régnait entre les

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 335, n° 142.

nations jusque dans le domaine des intérêts privés, et le règne de la force exclut le règne du droit. Ce sont les philosophes qui, les premiers, conçurent l'idée d'un lien de droit unissant tous les peuples. L'avénement des races germaniques, coïncidant avec celui du christianisme, inaugura un nouvel ordre de choses; c'est sous l'influence de la civilisation germano-chrétienne que l'idée du droit pénétra dans des relations où la force avait toujours dominé. Mais il fallut une révolution qui bouleversa la société jusque dans ses fondements pour amener la première déclaration des *droits de l'homme,* et, à sa suite, l'abolition de l'antique droit d'aubaine. Enfin, au dix-neuvième siècle, le législateur italien a, le premier, proclamé l'égalité des étrangers et des indigènes, et c'est aussi le code d'Italie qui a établi les bases de notre science. Voilà le lien intime qui unit les deux ordres d'idées dont j'ai constaté le développement dans tout le cours de ces Etudes : la jouissance des droits privés reconnue à tout homme par cela seul qu'il est homme, et la reconnaissance des lois étrangères qui régissent ces droits.

Ce n'est que d'hier que les étrangers sont admis à jouir partout des droits privés, au même titre que les citoyens, encore cette égalité n'est-elle inscrite jusqu'ici que dans un seul code ; ce n'est aussi qu'au dix-neuvième siècle que notre science a eu un nom, celui de droit civil international, et un idéal, celui de la communauté de droit entre les peuples. J'ai exposé le lent développement de ces idées nouvelles dans l'Introduction historique de ces Etudes, et mes Etudes ont pour objet de jeter les bases du futur édifice qui réunira tous les hommes, à quelque race et à quelque nation qu'ils appartiennent, en une grande société, dont le lien sera le droit, c'est-à-dire la justice universelle. Si je rappelle la longue lutte qui a amené l'avénement de notre science, c'est pour encourager les efforts de tous ceux qui s'y intéressent. Quand à chaque pas on rencontre des obstacles dans la contrariété des lois des divers pays, dans l'opposition des doctrines et surtout des préjugés nationaux, on est tenté de désespérer de la réalisation de l'idéal que notre science pour-

suit et de la ranger parmi les utopies qui ne seront jamais que des rêves. L'histoire nous offre un autre enseignement; avant tout elle nous donne la certitude d'un développement progressif de l'humanité sous la direction d'un gouvernement providentiel; les idées, qui sont l'expression de la nature de l'homme et des sociétés civiles, se réaliseront; le passé nous répond de l'avenir. Au berceau du genre humain et pendant des centaines de siècles a retenti ce cri sauvage : L'étranger est un ennemi et, comme tel, sans droit! Aujourd'hui nous écrivons dans nos lois qu'il n'y a plus d'étranger. De même, pendant de longs siècles, alors que notre science faisait ses premiers pas, on écartait avec une âpre jalousie toute loi étrangère comme une loi ennemie; de là cette maxime qui est la négation de notre science: toute coutume est réelle. Notre science enseigne aujourd'hui et nos lois proclament que le juge ne doit faire aucune différence entre les lois étrangères et les lois nationales, mais appliquer indifféremment les unes et les autres en ne tenant compte que de la nature des faits juridiques. Voilà bien la réalisation de notre idéal; ce n'est plus une utopie, c'est un fait qui s'accomplit sous nos yeux. Qu'importent les obstacles, les préjugés et les défaillances mêmes de la doctrine et des législations? Les difficultés qui restent à vaincre ne sont rien en comparaison de celles qui sont vaincues; en ce sens, le passé répond de l'avenir.

139. Ces réflexions se présentent tout naturellement à l'occasion du droit héréditaire, parce qu'il a été le terrain de la longue lutte qui a fini par le triomphe du droit sur des préjugés séculaires. Le droit d'aubaine n'est plus que de l'histoire; le droit égal de l'étranger, reconnu dans la transmission des biens à cause de mort, l'est virtuellement dans toutes les relations juridiques. Dès maintenant nous pouvons dire: Il n'y a plus d'étrangers; tout homme, comme tel, jouit partout des droits que la nature même lui donne, puisque ce sont des moyens de développer les facultés dont Dieu l'a doué. Mais si l'homme a partout la jouissance des droits privés, il ne s'ensuit pas que ces droits soient organisés partout d'une manière

identique. Il faut dire plus, l'unité absolue est impossible; elle se heurte contre un fait également providentiel, celui des races diverses et des diverses nationalités, qui sont aussi de Dieu. Celui qui les a créées a donné à chacune une mission différente, tout en l'harmonisant avec la destinée générale de l'humanité : la loi qui nous régit est donc celle de l'unité dans la variété. Les diverses nations auront toujours des lois diverses, expression de leur génie national; sans doute, bien des oppositions s'adouciront, bien des aspérités s'effaceront par le contact des peuples, mais l'élément de diversité ne disparaîtra pas, car il est inhérent à la création. C'est de ce conflit nécessaire des lois que naît notre science. Elle ne songe pas à détruire la diversité, son ambition est de régler les conflits de manière que les droits des particuliers et les lois qui les régissent soient respectés partout, sans que les droits des nations souveraines soient lésés. C'est là la communauté de droit qui est notre idéal et qui peut se réaliser en maintenant intacte l'individualité des nations, et, partant, leur souveraineté.

C'est le second ordre d'idées que présente le droit héréditaire. Les étrangers succèdent partout, et ils peuvent partout disposer de leurs biens à cause de mort. Mais par quelle loi sera régie la transmission des biens du défunt? Sera-ce par la loi du lieu où les biens sont situés? ou sera-ce par la loi qui régit la personne du propriétaire? et cette loi est-elle la loi de son domicile ou celle de la nation à laquelle il appartient? La question se présente pour la succession testamentaire comme pour la succession *ab intestat*. Mais elle semble plus facile à résoudre quand c'est le propriétaire lui-même qui dispose de ses biens. On ne lui conteste point la faculté de transmettre ses biens entre-vifs, fût-ce à titre gratuit; alors même que le testament était considéré comme une dépendance du droit civil dans le sens strict du mot, on permettait au propriétaire de disposer de ses biens par donation, celle-ci étant réputée appartenir au droit des gens (1). Si la trans-

(1) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, sect. Ire, article 1er (Voyez le passage dans le t. III de ces Etudes, p. 654).

mission des biens dépend de la volonté de l'homme, tout paraît décidé quant à la nature du statut. Est-ce que notre volonté dépend de la situation des biens dont nous disposons? La question n'a pas de sens, la volonté de l'homme ne connaît point les limites des territoires; au besoin, elle embrasse le monde entier. S'il en est ainsi pour les actes entre-vifs, y a-t-il une raison pour qu'il en soit autrement pour les actes à cause de mort? Les Romains comparaient le testateur à un législateur : il ordonne, et sa volonté fait loi. C'est l'expression rigoureuse du droit de propriété : ce droit n'est rien s'il s'arrête à la mort, car c'est en vue des êtres qui lui sont chers que l'homme amasse des biens; et l'intérêt de la société exige que les particuliers augmentent leurs richesses, car le développement de la richesse individuelle augmente la richesse publique, et la richesse est un élément de civilisation. Donc la volonté de l'homme doit dominer à sa mort comme elle domine de son vivant. C'est dire que la transmission des biens dépend de notre seule volonté, elle est indépendante de la loi, puisque c'est le testateur qui la fait. On ne peut pas même dire que la faculté de tester est réglée par le statut personnel du défunt, car le statut est une loi générale, et celui qui teste est au-dessus de cette loi, puisqu'il est lui-même législateur. Il en est des testaments comme des conventions. Celles-ci dépendent de l'autonomie des contractants, donc elles sont indépendantes de tout statut, soit réel, soit personnel. On doit en dire autant des actes de *dernière volonté;* l'expression même marque que la *volonté* humaine est seule en jeu, et cette volonté décide sans être liée par la loi.

140. Quand le code civil dit que les *conventions* tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites, cela suppose qu'elles sont *légalement formées,* comme le dit l'article 1134. Or, la première condition requise pour la validité des contrats, c'est que la personne qui les fait soit capable de contracter (C. Nap., art. 1108, 1123, 1124). Ici ce n'est plus la volonté de l'homme qui décide, c'est la loi; elle pose comme règle la capacité, mais elle admet des incapacités comme exception. Il en est de même en

matière de donations et de testaments, ainsi que dans les successions *ab intestat* : il y a des incapacités de donner, il y a des incapacités de recevoir. C'est la loi qui les établit; elles forment un statut personnel, en principe, puisqu'elles dépendent de l'état général des personnes, ou ce sont des incapacités particulières que la loi crée, et toute espèce d'incapacité est personnelle. Dans toute cette matière, le statut domine, la volonté est hors de cause, car ce n'est point par sa volonté que l'homme est capable ou incapable.

La volonté de l'homme n'est pas absolue, ni quand il contracte, ni quand il dispose à cause de mort. L'article 6 du code dit que l'on ne peut déroger par des *conventions* particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs; on ne le peut pas non plus par des actes à cause de mort. L'intérêt public l'emporte sur la volonté de l'individu. Si la loi permet au propriétaire de disposer de ses biens par donation ou par testament, c'est qu'elle suppose que sa volonté est en harmonie avec ses devoirs; le devoir domine le droit, ou, si l'on veut, l'homme n'a de droits que dans les limites de ses devoirs. Or, le père a des devoirs envers ses enfants et descendants, et l'enfant en a envers son père et ses ascendants : il ne peut pas disposer de ses biens au mépris de son devoir. Les dispositions qui règlent la réserve appartiennent-elles au statut réel ou au statut personnel? Il faut d'abord écarter la volonté de l'homme, car, en cette matière, la loi brise au besoin sa volonté. Quelle est cette loi? est-ce la loi qui régit la personne ou est-ce la loi qui régit les biens? Le statut est-il personnel ou réel? Si l'on s'en tient, comme on le doit, en principe, à la théorie de la réserve, il faut décider et sans hésiter qu'elle forme un statut personnel. Elle a son fondement dans l'idée du devoir, et conçoit-on que le devoir soit réel et qu'il dépende de la situation des biens? Je suis tenu, par le respect que je dois à mon père, de lui laisser une partie de mes biens; le devoir, tel que le règle ma loi nationale, peut-il varier selon la situation des biens, de sorte que je serais tenu plus ou moins à respecter mes ascendants, selon le lieu où mes biens sont

situés? Telle est cependant la tradition française et on peut dire universelle. J'y reviendrai; pour le moment je ne parle que des principes qui sont en conflit dans le droit héréditaire.

Il y a une autre restriction à la volonté de l'homme : quand il s'agit d'actes à titre gratuit, par lesquels le propriétaire, en disposant de ses biens, se dépouille lui et ses héritiers, sans recevoir aucune compensation des libéralités qu'il fait. La loi ne permet de disposer de ses biens à titre gratuit, entre-vifs ou à cause de mort, que par des actes solennels; sont-ils nuls en la forme, ces actes n'ont plus d'existence légale, et ne produisent aucun effet. De là l'importance de la question de savoir par quelle loi la solennité est régie. Il y a une règle traditionnelle admise partout et qui détermine les formes d'après la loi du lieu où l'acte est passé. L'adage *Locus regit actum* reçoit-il son application aux donations et testaments? La question n'est pas sans difficulté ; de là la diversité des opinions qui sont professées par la doctrine et appliquées par la jurisprudence. Là ne s'arrête pas le doute en cette matière; l'importance des formes, et le grand rôle qu'elles jouent dans la transmission des biens par acte de dernière volonté, ont conduit les légistes à appliquer l'adage traditionnel au fond aussi bien qu'à la forme. Cette confusion augmente les difficultés déjà très grandes de cette matière.

Enfin la volonté de l'homme est entièrement dominée par les lois de droit public qui établissent des règles particulières, dictées par l'intérêt social tel que le conçoivent les divers législateurs. Le rôle que les considérations politiques jouent dans la transmission des biens à cause de mort est si considérable que l'on a voulu tout y rapporter, ce qui aboutissait à faire du droit héréditaire un statut réel à tous égards. Nous avons déjà rencontré cette exagération, et je l'ai combattue (1). Toutefois l'on ne saurait contester que le droit public de chaque nation ne crée des institutions particulières, qui touchent à des principes fondamentaux de l'ordre social. Ces dispositions forment

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 125 et 126, p. 234 et suiv.

incontestablement un statut réel. La difficulté est de savoir jusqu'où s'étend la *réalité* du statut des successions, et à quelle limite commence le statut personnel. C'est le problème fondamental de notre science ; il faut l'examiner dans ses détails ; les généralités ne servent pas à grand'-chose ; elles présentent, au contraire, un grand danger, c'est que l'on décide *à priori* des questions qui doivent être résolues par le caractère essentiel de la disposition dont il s'agit d'apprécier la nature.

141. Les difficultés ne manquent point dans la partie du droit civil international dont j'aborde l'examen. Pour le moment il s'agit du principe qui régit les dispositions testamentaires. Comme toujours, il faut recourir à la tradition, puisque le droit français, en cette matière, n'a fait que consacrer le droit traditionnel. La tradition remonte jusqu'aux glossateurs ; ils ont malheureusement inauguré la confusion qui n'a cessé de régner dans notre science entre le statut de la forme et le statut du fond. Les premiers légistes qui ont traité ces questions difficiles sont préoccupés et absorbés par la forme. Le testament, valable en la forme, a-t-il effet partout? C'est en ces termes que les glossateurs formulent le problème. C'était confondre la forme de l'acte avec son effet. La forme a deux significations en droit : quand elle est solennelle, elle est requise pour l'existence même du fait juridique, tandis que, dans les actes non solennels, elle ne sert que de preuve. Quel que soit son rôle, elle ne décide pas de la validité du fond. Je laisse de côté la solennité ; les anciens légistes ne la distinguant pas suffisamment des formes probantes, il en résulte une confusion extrême. Je suppose que l'acte soit valable en la forme ; il existe donc et fait preuve partout ; est-ce à dire qu'il produira son effet partout, c'est-à-dire sur tous les biens, quelle que soit leur situation? Non, certes. Avant tout, il faut voir si le testament dépend du droit civil ou du droit des gens ; puis si le testateur est capable, ce qui n'est pas une question de forme ; enfin si la disposition ne lèse pas un droit de réserve, et, en termes plus généraux, si elle n'est pas contraire à une loi d'intérêt général. Les glossateurs rapportent tout à la

forme; de sorte que la règle traditionnelle *Locus regit actum* deviendrait le principe unique de la transmission des biens à cause de mort. La confusion est évidente, et partant le principe est faux (1).

142. La confusion continua. Au seizième siècle on se demandait si la capacité déterminée par le statut personnel suffisait pour tester dans un lieu où il fallait une capacité différente. La question implique que l'on étendait le statut des formes à la capacité, qui n'a rien de commun avec le statut du lieu où l'acte se passe. Toutefois la doctrine se prononça pour la nécessité de la capacité locale : il y a contradiction dans les termes, et logiquement on aboutissait à tout réaliser. Parmi les partisans de cette fausse théorie on range cependant Dumoulin (2). L'erreur ne se comprend que par l'influence excessive qui s'attachait à la tradition qui réputait réelle toute coutume, même celle de la capacité, comme on le faisait sous le régime féodal (3).

Dumoulin n'allait pas jusque-là : il établit, au contraire, le vrai principe, en ce qui concerne les formes. C'est la loi ou coutume du lieu où l'acte est passé qui détermiue les formes ou les solennités du testament; de sorte qu'un testament valable d'après la forme du lieu où l'acte est reçu est valable partout, quoique les biens soient situés hors du territoire de la coutume ou de la loi. Ce n'était pas même une opinion personnelle à Dumoulin, il dit que tel était l'avis commun des docteurs (4). Il ne faut pas prendre cet accord unanime au pied de la lettre : que de fois j'ai dû faire la remarque que le prétendu accord cachait des dissentiments profonds! Je laisse de côté la doctrine de Cujas, qui resta isolée, et l'on peut dire inconnue des statutaires, ils ne la mentionnent même pas. Seul parmi les auteurs français il se prononça pour la personnalité du droit héréditaire, et il étendit ce principe jusqu'aux formes des testaments, pour lesquelles il voulait que le testateur

(1) Wächter. *Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 366. Comparez le t. I[er] de ces Etudes, p. 324, n° 234.

(2) Cela n'est pas aussi certain qu'on le dit. J'y reviendrai.

(3) Voyez le t. I[er] de ces Etudes, p. 323, n° 233, et p. 270, n° 197.

(4) Dumoulin, en son *Conseil* 53 (t. II, p. 965).

observât la loi de son domicile (1). Parmi les statutaires mêmes, il y avait désaccord. Bourgoingne, le chef des réalistes belges, enseignait que la règle de la réalité des coutumes était absolue, du moins en ce qui regardait les immeubles, il l'appliquait à la capacité des parties, et à plus forte raison aux formes. C'était plus qu'une opinion; l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle (1611, art. 12) donnait tout à la réalité; c'est l'expression de Boullenois; il fait allusion à l'article 13 qui est ainsi conçu : « Si ès lieux de la résidence des testateurs et de la situation de leurs biens y a diversité de coutumes pour regard de dispositions de dernière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche la *qualité* desdits *biens*, si on en peut *disposer*, en quel *âge* et avec quelle *forme* et *solennité* on suivra les *coutumes* et *usances* de ladite *situation* (2). »

Ce réalisme excessif entravait la faculté de tester qui était vue avec tant de faveur en droit romain, et par tous ceux qui étaient élevés dans le culte de ce droit. Voilà comment il se fit que les jurisconsultes hollandais, les plus réalistes des statutaires, se prononcèrent en faveur de l'adage *Locus regit actum*, en matière de testaments. L'équité, dit Jean Voet, l'exige; comment les testateurs ou ceux qui rédigent les actes pourraient-ils connaître les formes prescrites pour la rédaction des actes dans les divers lieux où les biens sont situés? Puis il faudrait autant de testaments qu'il y a de biens situés dans des coutumes différentes. La nécessité l'emporta sur la réalité des coutumes. Paul Voet se décida, dans toutes les hypothèses, pour la loi locale (3); et Jean Voet remarque que la jurisprudence a partout admis cette doctrine, dans les Pays-Bas, en France, en Allemagne, en Espagne.

143. Dans les donations et testaments, il faut considérer, outre la forme, la capacité de disposer et de rece-

(1) Cujas, en ses *Observations*, XIV, 12.
(2) Comparez, sur cette disposition, ce que j'ai dit dans le t. Ier de ces Etudes, p. 431, n° 300.
(3) J. Voet, *ad Pandectas*, I, 4, P. II, § 13, p. 45. P. Voet, *De statutis*, IX, 2, 1-4.

voir, et les biens dont il est permis au donateur et testateur de disposer. Ricard et après lui Froland distinguent très bien ces trois ordres d'idées. La *capacité*, disent-ils, se règle par la coutume du domicile, la *forme* par celle du lieu où l'acte a été passé, et la *qualité* et *quotité* des *biens* par la coutume de leur situation.

En parlant de la capacité, les statutaires ont surtout en vue les incapables, mineurs et femmes mariées. C'est la loi du domicile, dit Ricard, qui donne ou refuse l'habilité nécessaire pour disposer de ses biens, la personne étant absolument soumise à ses lois; de sorte que si la loi de son pays l'a reconnue capable pour cet effet, et si elle lui permet de tester, par exemple, à l'âge de quatorze ans, il porte sa capacité, qui est attachée à sa personne, en quelque lieu que le testateur se trouve, et en quelque lieu que les biens soient situés, quoique les coutumes des lieux où il dispose et celles de la situation des biens requièrent un plus grand âge. Il a été jugé, en ce sens, par le parlement de Paris qu'un testateur demeurant dans un lieu où l'on peut tester à quatorze ans, avait pu valablement disposer des héritages situés en Angoumois, où l'on ne peut tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans, encore bien qu'il n'en eût que dix-sept (1).

On appliquait ce principe à la femme mariée qui, d'après plusieurs coutumes, ne pouvait tester sans autorisation de son mari. Incapable par la loi de son domicile, elle ne pouvait disposer, sans y être autorisée, des biens qui lui appartenaient sous une coutume où cette formalité n'était point requise. Froland qualifie le consentement du mari de *formalité* (2), mais ce n'était pas une de ces formes *extrinsèques* qui tombent sous l'application de la règle *Locus regit actum*, c'est une formalité *habilitante*, qui tient à l'incapacité de la femme mariée, et qui, à ce titre, dépend du statut personnel, lequel, dans l'ancien droit, était la loi du domicile.

(1) Ricard, *Traité du don mutuel*, chap. VII. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 843 et 1587.

(2) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. Ier, p. 157, 1588, suiv., 1593-1595.

Froland dit très bien que les principes généraux ne suffisent pas pour décider toutes les questions qui peuvent se présenter (1); la raison en est que l'on ne s'entendait pas sur le sens et la portée des principes. La vraie difficulté consistait à savoir quand le statut tombe sur la forme, sur la capacité, ou sur la disposition; et sur ce point les légistes n'étaient pas d'accord. Il y en a un exemple mémorable dans une opinion de Dumoulin, sur le statut qui défend à l'homme de disposer de ses immeubles tant qu'il n'a pas atteint sa vingt-cinquième année. Il dit que cette disposition ne tombe pas principalement sur la personne, ni sur la formalité ou solennité, qu'elle a pour but de conserver les biens dans la famille du testateur, d'où la conséquence que le statut est réel. En effet, dit Dumoulin, le statut revient à dire que les immeubles ne peuvent pas être légués par les mineurs. Froland dit que cette dernière opinion fait un peu de peine. Il faut dire plus : c'est à raison de la minorité, donc de l'incapacité que le statut défend à celui qui n'a pas vingt-cinq ans, de disposer de ses immeubles, partant le statut est personnel. L'opinion de Dumoulin témoigne combien la doctrine était incertaine. Je dirai, dans la suite de ces Etudes, que Bouhier a donné une autre interprétation à ce passage de Dumoulin.

144. L'opinion de Dumoulin tient à une distinction qui était très répandue dans l'ancien droit, entre les meubles et les immeubles. Burge, dans son savant commentaire sur les *Lois coloniales et les lois étrangères*, dit que l'on peut poser comme principe que les anciens jurisconsultes admettaient la réalité du statut en ce qui concerne la capacité de tester : il cite Dumoulin, Bourgoingne, les deux Voet et Peck, tous, sauf Dumoulin, réalistes décidés (2). On en peut citer bien d'autres; je me borne aux témoignages qui concernent directement la tradition française.

Boullenois avoue ses hésitations. « Lorsque je composai mes Dissertations mixtes, dit-il, je crus que le statut qui

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 842, suiv., et t. I[er], p. 65.
(2) Burge. *Commentaries*, t. I[er], p. 21-23. Story cite la plupart des passages (*Conflict of laws*, p. 542-547, §§ 432-434.

permet de tester est réel dans le sens, 1° que cette permission dépendait de la loi de la situation, de sorte que l'on pouvait être incapable par la loi du domicile, et capable par la loi de la situation; 2° que cette permission était renfermée dans l'étendue de la coutume qui l'accordait... Je crois présentement qu'entre la capacité de contracter et celle de tester, il y a une grande différence à faire, quant à la nature et la qualité de ces incapacités. La première est de droit général et s'étend partout et pour tous les biens. La seconde est de droit particulier et municipal, qui doit être renfermée dans la coutume qui a autorité sur la personne. A la vérité, la capacité de tester reste personnelle, mais elle doit être renfermée dans l'étendue du domicile, sans que celui à qui elle est accordée en puisse régulièrement user pour des biens situés dans aucune autre coutume, si ce n'est par une espèce de fraternité pour celles qui sont semblables (1). » Je ne continue pas à suivre l'auteur dans ses distinctions subtiles et insaisissables; sa prétendue capacité personnelle aboutit à déclarer le testateur incapable de disposer des biens situés dans une coutume d'après laquelle il est incapable; donc la capacité est un statut réel.

Bouhier commence par établir en principe que le droit de tester est une faculté inhérente à la personne, et forme, par conséquent, un statut personnel. Il rappelle que, d'après les lois romaines, il n'était pas permis aux impubères de tester, et qu'à la puberté cette incapacité était levée. Ces lois régissaient tous les pays de droit écrit. Dans les pays de coutumes, l'âge auquel il était permis de tester variait. Bouhier dit : « Suivant qu'il a plu aux rédacteurs de le régler, et les différentes modifications qu'ils ont jugé à propos d'y apporter. » Je doute que les rédacteurs des coutumes aient déterminé l'âge d'après leur bon plaisir; les coutumes se sont introduites par les mœurs, les sentiments, les idées qui ont toujours leur raison d'être, alors même qu'elle nous échappe. La conclusion de Bou-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 718 et suiv.

hier est : « De quelque manière que la permission en soit donnée au mineur, comme elle regarde un *droit inhérent à la personne*, et qu'il l'affecte principalement, il doit s'étendre sur tous ses biens indistinctement. « Voilà le principe du statut personnel établi dans toute son étendue, et sans distinction aucune; et l'auteur en donne une excellente raison. Il serait absurde, dit-il, que le mineur fût, au lieu de son domicile, jugé capable de disposer de ses biens, et incapable dans une autre coutume. Mais il ajoute une restriction en exceptant les biens dont les coutumes lui interdisent la disposition; et il n'est pas même certain que, dans sa pensée, le principe ait eu la généralité qu'il a dans les termes qui le formulent. Il avoue que l'opinion de la personnalité du statut de capacité est combattue par des auteurs d'un grand poids, lesquels se sont déterminés pour la réalité des coutumes qui règlent l'âge de tester. Il y avait des arrêts en ce sens. Bouhier cite, en faveur de son opinion, le sentiment d'un grand jurisconsulte, d'Argentré. L'autorité est suspecte : le chef des réalistes admet, à la vérité, le principe de personnalité, mais dès qu'il est question d'immeubles, il le restreint. En répondant aux objections que l'on faisait contre la personnalité du statut de l'âge, Bouhier examine l'opinion de Dumoulin qui répute réel le statut aux termes duquel le mineur qui a atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut disposer de ses immeubles; le président dit que l'on a tort d'y voir un dissentiment, que c'est l'application d'un principe général, à savoir que « le statut personnel qui permet une chose, cède au statut réel qui la défend ». C'est dire que tout statut territorial conçu dans un sens prohibitif domine et écarte le statut personnel : l'exception menace d'emporter la règle. « Encore, dit Bouhier, que le statut du domicile du testateur lui permette de tester de ses immeubles à la puberté, il ne peut pas pour cela tester des immeubles lesquels lui appartiennent dans des coutumes qui lui défendent d'en disposer avant la majorité. C'est l'avis de Dumoulin auquel je souscris sans difficulté (1). » J'y sous-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 92-94, et nos 102 et 103 (Œuvres, t. Ier, p. 684 et 685.

crirais aussi si la prohibition était fondée sur un intérêt général, mais quand il est question de l'âge, le droit de la société est hors de cause, la capacité du testateur est seule en jeu; et ne faut-il pas dire avec Bouhier qu'il est absurde que l'homme soit capable dans sa coutume, où l'on peut le mieux juger de son état, et qu'il devienne incapable sous une autre coutume, qui n'a pas été faite pour lui?

145. Je ne parle pas de la qualité des biens, ni de la quotité dont il est permis au testateur de disposer. Sur ce point il n'y avait aucun doute ni aucun dissentiment dans l'ancien droit. Il reste à savoir si la tradition telle que je viens de la constater doit encore être suivie sous l'empire du code Napoléon. Il faut d'abord distinguer entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire. Je reviendrai sur la première. Tout y était réel dans l'ancien droit, même la capacité, et la jurisprudence moderne s'est prononcée pour le même principe (1). Dans les testaments, la volonté de l'homme domine; nos anciens statutaires le décident déjà ainsi; il est vrai qu'il y avait des dissentiments, mais c'est la personnalité qui l'emportait, en ce qui concerne la capacité. A plus forte raison en doit-il être ainsi sous l'empire du code civil qui pose en termes généraux et absolus que « les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». Malheureusement il faut dire aujourd'hui ce que Froland disait au dernier siècle; les principes généraux ne sont pas décisifs, il faut voir le sens qu'on leur donne. J'ai exposé, dans le cours de ces Etudes, le sens et la portée du statut personnel consacré par l'article 3 du code Napoléon (2); quant aux difficultés spéciales qui concernent la capacité requise pour disposer par donation ou testament, je les examinerai plus loin. J'ai aussi cherché à définir la signification de l'adage *Locus regit actum;* il joue un trop grand rôle dans la matière des successions, pour ne pas lui consacrer une étude

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, nos 114-118.
(2) Voyez le tome III de ces Etudes, nos 39 58.

spéciale. Restent les biens. Nous ne connaissons plus, en droit français, la distinction des biens en propres et acquêts, et bien moins encore celle des biens en féodaux et en biens qui ne sont pas de cette nature. La quotité seule des biens dont il est permis de disposer par donation et testament, quand il y a des descendants et des ascendants, soulève la question de savoir si la réserve forme un statut personnel ou réel. Si la question pouvait être décidée d'après les principes, la solution ne serait pas un instant douteuse. Notre réserve n'est plus la réserve coutumière qui avait pour objet unique de conserver les biens dans les familles, et qui, à ce titre, était réputée réelle; la réserve des descendants et des ascendants est fondée uniquement sur le devoir que le lien du sang impose aux parents à l'égard de leurs enfants, et aux enfants à l'égard de leurs ascendants. Et le devoir est un sentiment essentiellement personnel, comme le sang d'où il découle est un élément personnel par essence. Conçoit-on que l'on se dépouille de son sang, ou qu'on l'abdique? Celui qui est père en France cessera-t-il de l'être en pays étranger? et l'enfant n'aura-t-il plus le sang de ses pères dans ses veines, s'il possède des biens hors du territoire de son pays? Si tout est personnel dans la cause, tout doit aussi être personnel dans les effets. C'est au législateur national de déterminer les devoirs que le lien du sang crée entre ascendants et descendants; tout ce qui concerne la famille, ses droits et ses obligations est une dépendance du statut personnel. La raison en est que les mêmes causes qui déterminent la nationalité règlent aussi l'état des familles; c'est par la famille que nous sommes membres de la nation à laquelle la famille appartient; la nationalité et la famille se confondent, donc tout ce qui est national est aussi personnel.

Jadis on raisonnait autrement; les nations vivaient isolées, et la guerre entre elles était permanente; chacune d'elles s'organisait d'après des idées politiques qui lui étaient propres, et elle cherchait à écarter toute influence étrangère : tout se localisait dans cet ordre d'idées, et devenait territorial. Loin d'aspirer à s'unir par la communauté de droit, les peuples tendaient à se séparer,

l'homme était l'ennemi de l'homme : *homo homini lupus*. Le droit, au lieu d'unir les hommes, les divisait. Sous l'empire de ces idées étroites, la famille, image de l'Etat, se concentrait en elle-même, elle devenait territoriale, et la loi qui la régissait prenait la nature du sol, elle se réalisait. Cet ordre d'idées n'est plus le nôtre, et le droit est l'expression de nos sentiments, une face de notre vie : quand les idées s'élargissent, le droit aussi brise les liens dans lesquels on l'enchaînait, il aspire à unir les hommes ; les nations étant considérées comme des membres du genre humain, les familles aussi se relient à l'humanité, et prennent un caractère universel. Cela ne veut pas dire que les nationalités s'effaceront, pour se fondre dans un vaste et stérile cosmopolitisme. Ce n'est pas là l'idéal de notre science; elle respecte, au contraire, les variétés nationales, et elle demande qu'elles soient respectées partout, dans le monde entier. Les droits que l'homme tient de sa nationalité, il les porte partout avec lui, et ce que je dis des droits s'applique aux devoirs, puisque ces idées sont corrélatives. Le père est père partout, et il peut partout réclamer dans la succession de ses descendants les droits que lui assure sa loi nationale. Il en est de même de l'enfant. Conçoit-on que la situation des biens limite ou étende les droits et les obligations qui ont leur fondement dans la nationalité? Que chaque nation organise la famille à sa façon ; mais qu'elle respecte l'organisation différente que les autres nations lui donnent ; en respectant le droit étranger, elle obtiendra des nations étrangères qu'elles respectent le sien (1).

146. Ces principes sont-ils ceux du droit français? Il s'agit de savoir si la réserve que les ascendants et les descendants ont d'après le code civil peut être réclamée par eux sur les biens situés à l'étranger, et si les réservataires étrangers peuvent demander en France la quotité de biens qui leur est attribuée d'après leur loi nationale. La réalité est écrite dans le texte même du code Napoléon ; il déclare réels les statuts qui régissent les immeu-

(1) Comparez Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 363.

bles; par application de ce principe, on décide que le droit de succession forme un statut réel; donc il faut en dire autant de la réserve, car la réserve est une partie de la succession *ab intestat;* si le testateur n'en a pas disposé, les réservataires la prennent dans le partage qui se fait de l'hérédité; s'il en a disposé, ils font rentrer les biens indisponibles dans la masse; c'est toujours une succession *ab intestat* qui fait l'objet du partage; dès lors l'article 3 doit recevoir son application. Il n'y a d'autre statut personnel d'après cet article que celui qui règle l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résultent. Or, la réserve n'est pas une question de capacité ni d'incapacité; il s'agit d'un droit fondé sur un devoir, et ce devoir a pour conséquence de rendre les biens indisponibles. En théorie, on pourrait dire que la quotité des biens dont il est permis de disposer tient au droit de tester, et dépend par conséquent de la volonté de l'homme, volonté qui ne connaît point de limites de territoire. Cela est vrai en tant que les lois n'ont pas restreint la faculté de disposer; mais, pour les biens indisponibles, la transmission n'en est pas réglée d'après la volonté de l'homme; elle l'est, malgré sa volonté, par la loi.

En théorie, on peut invoquer les considérations de devoir qui ont déterminé le législateur; sur le terrain du droit positif, il faut interpréter l'article 3 par la tradition. Or, je viens de rappeler les principes de l'ancien droit français. Froland place parmi les statuts *réels* la loi qui règle la quotité de biens dont on peut disposer par acte entre-vifs ou par testament (1). C'était un vrai axiome que les légistes reproduisent sans le discuter (2). Tout ce que l'on donnait au statut personnel, c'était de distinguer entre les meubles et les immeubles. Les meubles étant attachés à la personne et ayant pour situation le domicile du défunt, on appliquait à la légitime la distinction que les réalistes eux-mêmes admettaient : dans la succession *ab intestat,* les immeubles étaient régis par le statut réel, tandis que les

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. Ier, p. 156, I.
(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 7.

meubles suivaient le statut du domicile (1). La tradition domine, en cette matière, toutes les considérations que l'on peut invoquer en faveur de la personnalité et que je viens d'exposer (n° 145). Ce qui prouve que la nature de la réserve s'identifie avec celle de la succession *ab intestat*, c'est que les jurisconsultes allemands, qui admettent la personnalité du droit héréditaire, appliquent le même principe à la réserve (2), tandis que les auteurs français qui procèdent de la tradition réaliste se prononcent pour la réalité de la loi qui fixe la quotité du disponible.

Merlin reproduit les principes de l'ancien droit sans y ajouter aucune restriction. « La légitime, dit-il, est un droit réel, et les lois qui la défèrent ou qui la règlent sont des statuts réels dans le vrai sens de ce terme. » Et Fœlix se borne à citer Merlin (3). En parlant de l'article 3, Merlin dit simplement qu'il en résulte *sans difficulté* que les immeubles que l'étranger possède en France seront régis, dans sa succession *ab intestat*, non par la loi de son pays, mais par la loi française, et qu'il n'en peut disposer, comme le Français, à titre gratuit, au préjudice de ses enfants ou de ses ascendants, que jusqu'à concurrence de la quotité déterminée par les articles 913 et 915 du code civil (4). Marcadé et Demolombe disent, comme je viens de le faire, que la réserve n'est qu'une partie de la succession *ab intestat*, qu'elle est donc de même nature (5). Objectera-t-on que la défense de disposer au delà de la quotité déterminée par la loi produit une incapacité, ce qui rendrait le statut personnel? La réponse est simple et péremptoire. L'incapacité dont la loi frappe le père ou l'enfant n'est pas le but, mais le moyen : le but est la transmission des biens aux réservataires, le moyen, c'est la prohibition de disposer. S'il y avait incapacité, la dis-

(1) Voet, *Comment. ad Pandectas*, V, 2, 47.
(2) Voyez, plus haut, p. 260, note 1.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitime*, sect. VI, n° 14 (t. XVII, p. 148). Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122, n° 60 de la 4e édition.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 2.
(5) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, n° 80. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. Ier, p. 51. Comparez Brocher, *Droit international privé*, p. 267, n° 98.

position excessive serait nulle, tandis qu'elle est valable, si au décès il n'y a pas de réservataires.

147. L'opinion unanime des auteurs français a été combattue par M. Bertauld; je doute qu'il parvienne à faire prévaloir la personnalité du statut de réserve devant la cour de cassation, à laquelle il est maintenant attaché comme procureur général. Son point de départ est faux. Interprétant l'article 3 du code civil, qui est purement traditionnel, il devait remonter à la tradition et y chercher un appui s'il en trouvait un. Or, il ne parle de la tradition que pour la critiquer. Bertauld cite la définition que d'Aguesseau donne du statut réel; le célèbre chancelier considère comme réelles non seulement les lois qui ont directement les biens pour objet, mais encore celles qui affectent ces biens à certaines personnes et qui tendent à conserver les biens dans les familles. Cette dernière considération était toute-puissante dans l'ancien droit. Or, les lois de réserve affectent les biens aux ascendants et aux descendants, et elles ont pour but de conserver ces biens dans les familles. « La conclusion, dit M. Bertauld, s'imposerait si la définition de d'Aguesseau lui-même était imposée. Cette définition est très digne de respect sans doute, mais elle n'est point à l'abri du contrôle. » Là-dessus l'auteur se met à combattre la doctrine de d'Aguesseau; je souscris des deux mains à la critique. J'ai été plus loin, et j'ai critiqué toute la théorie des statuts; est-ce à dire que j'aie le droit d'effacer du code civil l'article 3 qui la consacre? Je me suis bien gardé d'une prétention qui aboutit à mettre l'interprète au-dessus du législateur. Dans le débat actuel, la chose est évidente. Est-ce que l'article 3 est un principe nouveau? est-ce que les auteurs du code Napoléon ont dérogé à l'ancien droit en matière de statuts? Ils l'ont maintenu purement et simplement; l'article 3 est un renvoi. C'est donc la tradition qu'il faut consulter et suivre; et M. Bertauld connaît-il un organe plus autorisé de la tradition française que l'illustre chancelier qui vivait dans le droit traditionnel, qui y avait été élevé, qui s'en était nourri? Au nom de quels principes, de quelles idées combat-il la définition de d'Aguesseau?

« Nous prétendons, dit-il, qu'elle est en désaccord avec le caractère individuel, libre, qui appartient de *nos jours*, dans l'*opinion commune*, aux droits de propriété (1). » Comme organe de cette opinion nouvelle, le jurisconsulte français cite la *Réforme sociale* de M. *Le Play*. L'autorité est étrange, car la prétendue *réforme* nous ramènerait au bon vieux temps, où l'Eglise faisait les testaments, à son profit cela va sans dire. Je m'étonne que M. Bertauld ne sache pas ce que c'est que la liberté dans la bouche des catholiques; s'il l'ignore, qu'il vienne en Belgique, qu'il trouvera couverte de couvents, élevés au nom de la liberté, et j'ajoute et au mépris des lois. Mais supposons que le code se soit trompé, supposons que d'Aguesseau se soit trompé à la suite de la tradition : appartient-il à l'interprète de corriger les lois? Et peut-il mettre ses sentiments ou les sentiments de *nos jours* et l'opinion commune d'*aujourd'hui* à la place des sentiments du législateur, en lui attribuant des idées dont il n'avait aucun soupçon? Je ne connais pas de plus mauvais et de plus funeste système d'interprétation que celui qui tend à faire un nouveau code civil. Si celui que nous avons ne vous convient pas, proposez-en un autre; mais en attendant respectez celui qui nous régit et qui nous oblige et nous enchaîne. *Non de legibus, sed secundum leges judicandum.*

148. Je passe à la jurisprudence. Si je m'y arrête, ce n'est pas que j'approuve la réalité qu'elle consacre, c'est, au contraire, pour montrer tout ce que la théorie traditionnelle a d'absurde. Il ne faut pas oublier les motifs de l'article 3 sur lequel les arrêts s'appuient; Portalis les a exposés, et j'ai reproduit, dans ces Etudes, ce qu'il dit. La souveraineté serait divisée si des immeubles situés en France étaient régis par une loi étrangère; or, la souveraineté est indivisible, elle est tout ou elle n'est rien. C'est donc le plus grand de tous les intérêts, je dis mal, le plus puissant de tous les droits qui est engagé dans ce débat; il n'y a plus de société s'il n'y a point de puissance souveraine, et les particuliers ne peuvent jamais opposer

(1) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 70, n° 99.

leurs droits au droit de la société, car si l'existence de la société était compromise, les droits privés seraient sans garantie. Telle est la théorie. Je l'ai combattue, tout en faisant à la souveraineté la part qu'elle doit avoir dans le conflit des lois nationales (1). Quand le droit de la société est réellement en cause, il est vrai que le statut devient réel, en ce sens qu'il domine le statut personnel ou national que l'étranger y opposerait. Mais la puissance souveraine n'a rien de commun avec des intérêts purement privés; dans l'ordre de ces intérêts, c'est l'individu qui est souverain, et la puissance souveraine a pour objet de sauvegarder les droits individuels, loin de pouvoir les absorber et les anéantir. Or, telle est la réserve; qu'importe à la société que tel parent étranger succède à des biens situés sur son territoire? Si la loi intervient pour réserver une partie des biens aux ascendants et aux descendants, c'est par des considérations de devoir, d'affection, de piété filiale. Cela regarde les relations de la famille; or, chaque Etat organise la famille à sa guise; s'il naît un conflit entre ces lois diverses, c'est un conflit d'intérêts privés dans lequel l'Etat n'a pas à intervenir, sauf pour maintenir les droits que les particuliers, étrangers ou indigènes, réclament en vertu de leur loi nationale.

Quand on voit de près le prétendu droit de la puissance souveraine dans les débats que soulève la contrariété des lois, la théorie de la souveraineté, invoquée par Portalis, devient absurde, et elle paraît presque ridicule dans nos idées modernes sur la puissance souveraine; nous ne croyons plus qu'elle consiste à régler la transmission du moindre coin de terre qui fait partie du territoire; sa mission est plus haute, c'est de diriger les intérêts généraux et de venir en aide aux hommes dans le travail de leur perfectionnement; si elle a une action sur les biens, c'est seulement en tant qu'elle y puise des ressources qui lui sont nécessaires pour remplir sa mission, et ces ressources, elle peut les demander à tout possesseur, aux étrangers comme aux naturels, parce qu'elle

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 136-159.

prête son appui aux uns et aux autres. Mais elle n'a ni qualité ni droit pour intervenir dans la transmission des biens que le propriétaire laisse à son décès; c'est l'affaire de l'individu et de la loi qui le régit. La jurisprudence va confirmer ce que disent les principes : nous ne trouverons dans aucun arrêt ce grand intérêt de la société qui seul donnerait à la loi le droit d'intervenir, nous ne trouverons que des intérêts individuels.

149. Un arrêt de la cour de cassation de France, qui casse une décision de la cour d'Orléans, établit le principe de la réalité; la cour n'a plus dévié de sa première jurisprudence, et elle n'en peut pas dévier, puisqu'elle a pour fondement le texte du code interprété par la tradition. L'article 3 du code civil, dit la cour, conforme aux *anciens principes*, soumet les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, à la loi française; sa disposition embrasse dans sa *généralité* tous les *droits de propriété* et autres *droits réels* qui sont réclamés sur les immeubles. » Ici j'arrête la cour : que l'article 3 du code Napoléon dise ce que la cour lui fait dire, cela est de toute évidence; qu'il s'applique à la transmission des biens à cause de mort dans la succession *ab intestat* et dans la succession testamentaire, y compris la réserve, cela ne faisait pas de doute d'après les *anciens principes*; déjà au seizième siècle d'Argentré disait que les enfants n'en doutaient plus, et de quel droit en douterait-on aujourd'hui, alors que les auteurs du code ont déclaré en termes formels qu'ils entendaient maintenir les principes traditionnels? Mais si on laisse là les textes pour interroger la raison d'être de la tradition, si l'on met la théorie de Portalis en regard des faits, les *principes anciens* paraîtront bien étranges, pour ne pas dire absurdes.

De quoi s'agissait-il dans l'espèce? De la demande formée par une demoiselle Stewart, Anglaise, comme héritière de son père, à fin de partage du domaine des Douets, qu'elle prétendait avoir été donné par son père à une dame Marteau, dont le fils avait épousé une sœur de la demanderesse : les parties étaient donc Anglaises; le père avait toujours conservé sa nationalité, et il mourut à la

Jamaïque, où il était domicilié. Cependant la cour de cassation décida que cette demande devait être jugée par la *législation française seule*, sans aucune influence des *lois étrangères*. Ne dirait-on pas qu'il y avait deux ennemis en présence, la France et l'Angleterre, que leurs lois aussi sont ennemies et que le salut de la France est en jeu, que c'en serait fait de sa souveraineté et de son indépendance si un débat entre *Anglais* était régi par la *loi anglaise,* alors que l'objet du litige, la terre des Douets, était située en France? Il est très vrai qu'il en était ainsi jadis : Français et Anglais se haïssaient à mort, et l'étranger ennemi était sans droit : les lois se détestaient comme les hommes, et à aucun prix l'une n'aurait souffert l'application de l'autre sur un territoire dont elle était maîtresse absolue. C'est dans cet état des relations internationales que s'établit le principe du statut réel, il embrassait tout, toute coutume étant réelle, il excluait toute loi étrangère; en supposant que les Anglais eussent un droit en France, ils étaient soumis de ce chef à la loi française. Quel triomphe pour la France! Mais le triomphe avait son revers : si un Français était appelé à une succession en Angleterre, il passait sous le joug de la loi anglaise. Quelle honte pour la France que ce triomphe de l'Angleterre! Les Anglais, plus logiques que les Français, écartèrent absolument l'étranger *ennemi* et ils tinrent bon jusqu'en l'an de grâce 1870, en défendant à tout étranger, fût-il devenu *ami*, de posséder la moindre parcelle du sol anglais. Voilà qui est triomphant! Les Français, plus inconséquents ou plus généreux, admirent en 1819 tout étranger, fût-il ennemi, à succéder en France; mais si on lui reconnaît ce droit, pourquoi ne pas lui permettre de l'exercer suivant sa loi nationale? Les *anciens principes* s'y opposaient; à la vérité, ces *principes* dataient du onzième siècle, mais les lois sont traditionnelles et les légistes encore plus. En 1837, la cour de cassation proclame qu'un débat entre Anglais doit être jugé d'après la législation française *seule*, sans *aucune influence* de la loi *anglaise* : le salut de la France le veut ainsi. Que deviendraient sa souveraineté et son indépendance si le *do-*

maine des Douets allait être soumis à une loi *étrangère*, c'est-à-dire *ennemie!*

Qu'avait fait la cour d'Orléans dont l'arrêt était attaqué? « Sans prononcer sur les droits des parties, elle avait rejeté la demande en partage de l'Anglaise par le motif que celle-ci n'avait pas été précédée d'une liquidation qui fît connaître si la quotité disponible avait été excédée par la donation consentie au profit de la dame Marteau, et que cette liquidation devait être poursuivie à la Jamaïque, lieu de l'ouverture de la succession du père, et d'après les lois anglaises. » Ici était le vice de l'arrêt, j'allais dire le crime. Il est vrai qu'il n'y avait que des Anglais en cause et des intérêts privés. Il s'agissait de savoir quelle était la réserve de la demanderesse et quelle était la quotité disponible du père. Et n'est-il pas naturel qu'un procès entre Anglais, une querelle de famille, soit jugé d'après les lois anglaises? Au dix-neuvième siècle on pourrait raisonner ainsi, mais les *anciens principes*, que le code civil reproduit, remontent au moyen âge, à une époque où les terres étaient souveraines, et l'objet du procès était une terre française, donc souveraine. Est-ce que la souveraineté française sera subordonnée à la souveraineté de l'Angleterre! La cour de cassation, gardienne des lois et partant de la puissance souveraine de la France, ne saurait souffrir cet empiétement : « Attendu que l'arrêt dénoncé a *subordonné* le sort de l'immeuble, et les *droits* que la demanderesse prétendait exercer sur ce *domaine*, à une *législation étrangère*, notamment dans la disposition qui détermine la quotité disponible. » Que deviendrait l'indépendance de la France si un père anglais pouvait disposer de la *moitié* du *domaine des Douets*, alors que les lois françaises ne lui permettent de disposer que du *tiers?* « Il résulte de l'arrêt de la cour d'Orléans, continue la cour, que la demanderesse ne pourra réclamer la réduction de la donation si la quotité déclarée disponible par les lois anglaises n'a point été excédée. » On pourrait demander quel est ce grand intérêt de la souveraineté française qui exige que le disponible d'un père Anglais soit réglé par la loi française? Est-ce que la France va

passer sous les fourches caudines de l'Angleterre si miss Juliana-Gertruda Stewart ne peut pas demander la réduction de la donation, et que miss Sara Stewart conservera le domaine des Douets? En 1837, on ne comprenait pas cet intérêt de la souveraineté territoriale, mais on le comprenait sous le régime de la féodalité, et les *anciens principes*, maintenus par l'article 3 du code civil, remontent à la féodalité; donc c'est en vertu du droit féodal que la terre souveraine des Douets ne peut être régie par une loi anglaise, et qu'elle doit l'être par une loi française. Ainsi on applique en plein dix-neuvième siècle les *anciens principes* en vertu desquels la terre était souveraine! La cour de cassation fait une réponse péremptoire à cette objection. Si la terre des Douets était régie par une loi étrangère, « l'autorité et la législation française cesseraient de régir l'immeuble situé en France (1). » C'est la théorie de Portalis dans son Exposé des motifs de l'article 3; la cour raisonne parfaitement, et au point de vue des *anciens principes* qu'elle devait appliquer, sa décision est d'une rigueur mathématique. L'arrêt de la cour d'Orléans fut cassé, et l'affaire renvoyée devant la cour de Paris, qui adopta l'avis de la cour de cassation. C'est plus qu'une opinion, c'est le texte de la loi appuyé sur une tradition séculaire. Mais l'anachronisme aussi est séculaire, car la décision de la cour aboutit à appliquer, au dix-neuvième siècle, une maxime du droit féodal, alors que la féodalité civile a été détruite jusque dans ses derniers vestiges par les lois de la révolution.

150. Un arrêt de rejet de la cour de cassation applique l'article 3 à une contestation entre la veuve d'un Savoyard et les enfants du donateur. La cour décida que « les dispositions qui restreignent le disponible ayant pour objet de conserver les biens dans les familles, en faveur des héritiers du sang, forment un statut réel (2). » L'arrêt ne parle pas des *anciens principes*, mais c'est toujours l'esprit de l'ancien droit qui dicte la décision. Il est très vrai que le droit français voulait conserver les biens

(1) Cassation, 14 mars 1837 (Sirey, 1837, 1, 195).
(2) Rejet, chambre civile, 4 mars 1857 (Sirey, 1857, 1, 247).

dans les familles; de là, la réserve coutumière qui frappait d'indisponibilité une grande partie du sol, pour le conserver aux parents de ceux dont les biens provenaient. Cet esprit conservateur ne tenait aucun compte de la liberté du propriétaire. Les auteurs du code civil rejetèrent la réserve coutumière : la réserve qu'ils établirent au profit des ascendants et des descendants n'a plus pour objet la conservation des biens dans les familles, elle est fondée sur des motifs tout à fait personnels, le devoir que les ascendants ont à l'égard de leurs descendants et la pitié filiale que les descendants ne doivent jamais oublier à l'égard de leurs ascendants. Si l'on ne consultait que l'esprit de la loi, il faudrait se prononcer pour la personnalité du statut qui crée une réserve dans la ligne directe. C'était au législateur de tenir compte de l'esprit nouveau qui règne dans nos mœurs et qui devrait aussi régner dans nos lois. Il ne l'a pas fait; cela oblige le juge à appliquer des principes traditionnels qui sont absolument étrangers à notre ordre social. Et quand même le législateur français aurait voulu faire une part à l'esprit conservateur, il ne l'aurait fait que dans l'intérêt des familles françaises. C'est le cas d'appliquer le principe d'un excellent jurisconsulte allemand. Wächter admet avec les réalistes que les lois sont limitées au territoire, de sorte qu'elles ne dépassent pas le territoire sur lequel le législateur exerce sa puissance souveraine; mais, par contre, dans les limites du territoire, l'autorité de la loi s'étend sur les étrangers comme sur les naturels. Cela est vrai, dit notre légiste, mais à une condition, c'est que le législateur l'ait voulu ainsi. S'il entend disposer seulement dans l'intérêt de ses nationaux, on ne pourra certes pas dire que ses lois doivent recevoir leur application aux étrangers. Or, telle est bien la réserve si l'on admet avec la cour de cassation qu'elle a pour objet de conserver les biens dans les familles. Tout le droit de famille est d'ordre intérieur : est-ce que le législateur français peut avoir la prétention ou seulement la pensée de réglementer les familles étrangères qui ont par hasard des droits à exercer en France? Ce n'est pas son affaire, et il le tenterait

vainement. Il aurait beau déclarer un bien indisponible dans l'intérêt d'héritiers étrangers, afin de conserver les biens dans leur famille, les propriétaires n'ayant aucun lien qui les attache à la France se hâteront régulièrement d'aliéner les biens qu'ils y recueillent. C'est dire qu'il faut laisser en cette matière le champ ouvert aux lois nationales et s'en rapporter à la libre action des volontés individuelles. Il y a opposition complète, sous ce rapport, entre les principes nouveaux et les anciens principes. Le droit féodal enchaînait l'homme au sol; le droit moderne l'affranchit de toute entrave.

151. Ainsi il y a antinomie absolue entre l'esprit moderne et les *anciens principes* que le législateur français a eu tort de maintenir. Il y aura bientôt un siècle que la révolution a éclaté et qu'un nouvel ordre de choses a été inauguré. C'est cet esprit nouveau dont le législateur aurait dû s'inspirer. En affranchissant les hommes, la Révolution a décuplé leur puissance. De là ce mouvement prodigieux de l'industrie et du commerce qui caractérise le dix-neuvième siècle. Que l'on imagine le contraste, la contradiction qui doivent exister entre une société qui est sans cesse en mouvement, une société commerciale et industrielle, et un droit qui date d'une époque où le sol était souverain et où l'homme était un accessoire du sol! Nous allons rencontrer le même conflit dans un arrêt de la cour de cassation de 1865.

Le prince Ghyka, hospodar de Moldavie, avait deux enfants de différents lits, quand il contracta un nouveau mariage en France, en comblant son épouse de libéralités qu'il avait eu soin de faire sous une forme déguisée, pour les soustraire à l'action en réduction. Après sa mort, ses deux filles demandèrent que la veuve fût tenue de restituer à la succession de leur père : 1° le château du Mée; 2° le mobilier dudit château; 3° une somme de 200,000 fr., et 4° deux inscriptions de rente d'ensemble 4,054 francs, qu'elle avait apportées par contrat de mariage comme étant sa propriété; les demanderesses prétendaient que c'étaient des apports fictifs cachant des libéralités qui lui avaient été faites par le prince leur père. La cour de

Paris se déclara incompétente sur la question de savoir si les apports constituaient des libéralités déguisées ou excessives, par le motif qu'il s'agissait de la succession d'un étranger et que le juge de son pays pouvait seul décider des droits respectifs de ses héritiers et de la composition de la masse.

Sur le pourvoi, la cour de cassation décida qu'il fallait distinguer entre les meubles et le château du Mée. Quant aux meubles, elle invoque « l'*ancienne règle*, toujours subsistante, d'après laquelle ils suivent la personne du propriétaire et sont par conséquent réputés exister au lieu de l'ouverture de sa succession. » Elle en conclut « que si la prétention des demanderesses était reconnue fondée, c'est-à-dire si ces biens devaient être restitués à la succession du prince Ghyka, ils seraient censés n'en être jamais sortis et devraient être régis par la loi moldave; que c'est donc avec raison que la cour de Paris s'est déclarée incompétente pour statuer sur cette partie de la demande. Mais quant au château du Mée, la cour invoque l'article 3 du code Napoléon, et elle décide que la déclaration d'incompétence prononcée par l'arrêt attaqué est en opposition formelle avec cet article, suivant lequel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. En effet, il suit de cette disposition que, si la prétention des demanderesses est reconnue fondée, et s'il est jugé que c'est un immeuble qui a été donné, le sort du château du Mée sera fixé, non par la loi moldave, mais par la loi française qui, *seule*, règle tout ce qui est relatif à la transmission, même à l'égard des héritiers étrangers, des immeubles situés en France. En conséquence, la cour cassa l'arrêt de Paris, en ce qui concernait le château du Mée, et rejeta le pourvoi en ce qui concernait le mobilier héréditaire (1).

Nous retrouverons la distinction entre les meubles dépendants d'une succession et les immeubles, dans le droit anglo-américain, ce qui en fait connaître l'origine et le caractère. Elle était enseignée par les anciens réalistes

(1) Cassation, 22 mars 1865 (Sirey, 1865, 1, 175).

dont la doctrine procède de la maxime féodale que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine, mais comme la souveraineté était attachée au sol, et que la richesse mobilière était nulle, sauf celle qui se trouvait entre les mains des juifs, on dédaignait les meubles comme chose vile, et on les abandonnait aux lois étrangères, quand la théorie des statuts s'introduisit dans les pays féodaux. De là les différences si illogiques que l'on admettait, dans les *anciens principes*, entre les lois qui régissent les meubles et celles qui régissent les immeubles. Ces différences, dit la cour de cassation, sont toujours subsistantes, et elle a raison; les textes du code civil les consacrent, et si l'article 3 ne parle pas des meubles, c'est qu'il n'a d'autre objet que de renvoyer à la tradition.

Nous voilà de nouveau en présence d'un *ancien principe* qui, de l'aveu de tout le monde, n'a plus de raison d'être dans notre état social. On ne dira certes pas que, dans l'espèce, le mobilier réclamé était chose vile, puisqu'il valait plus de cinq cent mille francs, tandis que le château du Mée était loin d'avoir cette valeur. Et cependant il a fallu décider, en vertu des *anciens principes*, que la souveraineté française était intéressée à ce qu'un château fût régi par la loi française seule, alors même que ce n'eût été qu'une bicoque, mais que la souveraineté française considérait comme chose *vile* et indigne de son attention une valeur d'un demi-million, et fût-ce des centaines de millions. Si les *anciens principes* le veulent ainsi, il faut avouer que ces *anciens principes* sont souverainement illogiques et qu'il serait temps de les modifier pour les mettre en harmonie avec la raison.

Il faut encore nous arrêter un instant aux conséquences de cette antinomie. Par quelle loi est régie la réserve? Quel que soit le principe que l'on admette, il doit être unique. Est-ce à la volonté du défunt que l'on a égard, comme on le fait dans le système de la personnalité, on ne conçoit pas que cette volonté soit différente, suivant la situation des biens. Est-ce pour conserver les biens dans les familles, c'est l'intérêt de la famille qui doit prévaloir partout, sinon le but n'est pas atteint. Ce n'est que dans

le système de la souveraineté que la décision se comprend, mais elle témoigne aussi contre ce système; en effet, la souveraineté n'est pas entière, elle ne comprend pas le mobilier, puisque celui-ci suit la loi de la personne, bien que les effets mobiliers soient sur le territoire; cela prouve que la puissance souveraine est réellement sans intérêt dans ce débat; dès lors il faut abandonner à la loi nationale du défunt le règlement des droits de ses héritiers. Il s'agit, en réalité, des droits de la famille, donc de droits privés, et c'est à chaque législateur de régler les intérêts de la famille, droits et devoirs, selon les mœurs et les idées de la nation dont il est l'organe. A ce point de vue rien n'est plus irrationnel que la distinction entre le mobilier et les immeubles de la succession.

152. Je dois encore mentionner un arrêt de la cour d'Alger, sans autorité doctrinale, puisque, à mon avis, il est rempli d'erreurs, et ces erreurs mêmes m'obligent de m'y arrêter; pour établir les vrais principes, il faut combattre les mauvais. Une dame Schwilck, née dans le Wurtemberg, s'était mariée en Algérie, où elle avait établi son domicile sans esprit de retour dans sa patrie. Qu'est-ce que la cour en conclut? Que cette femme allemande avait adopté la loi française comme son statut matrimonial, et comme *réglant sa succession*. Je laisse de côté les conventions matrimoniales, lesquelles dépendent de la volonté des époux, ce qui est une question de fait. Il n'en est pas de même de la succession; d'après la tradition française, elle dépend de la situation des biens, elle n'a donc rien de commun avec la volonté du défunt. Et en supposant que la succession fût réglée par le statut personnel du défunt, ce qui est vrai du mobilier héréditaire, la cour aurait dû commencer par examiner quel était ce statut. L'arrêt dit que la femme wurtembergeoise s'est établie à Alger sans esprit de retour; a-t-elle perdu par ce fait son statut national, pour prendre le statut français? Le statut est attaché à la nationalité; d'après le code Napoléon, le Français qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour perd sa qualité de Français (art. 21), donc son statut national; on peut soutenir que, dans ce cas, il est régi par la loi du

pays où il établit son domicile. Mais, dans l'espèce, il ne s'agissait pas d'un Français, il s'agissait d'une femme allemande; il fallait donc consulter sa loi nationale, celle du Wurtemberg, pour savoir si l'établissement en France sans esprit de retour lui faisait perdre sa nationalité et son statut d'origine. Dans l'hypothèse de l'affirmative, on pouvait soutenir qu'elle était régie en tout par la loi française. Mais, je le répète, ce que la cour dit du statut de la femme restée étrangère est un hors-d'œuvre, puisque, aux termes de l'article 3 du code civil, la succession, immobilière du moins, de l'étranger est régie par la loi territoriale, quelle que soit la nationalité du défunt; la question du statut du défunt ne se présente donc que pour la succession mobilière, et la cour ne fait pas cette distinction, on ne voit pas même par l'arrêt si la succession était mobilière ou immobilière.

La dame Schwilck avait institué son mari légataire universel, et elle laissait pour plus proche héritier *ab intestat* sa mère, réservataire d'après le code Napoléon. Que dit la cour de ce conflit entre la volonté de la défunte et la loi française? « Que la testatrice était réputée avoir subordonné son testament aux restrictions que la loi française apportait à sa capacité de disposer et notamment à la réserve légale des ascendants. » La cour ajoute que le testament d'un étranger, réglé en France par la loi française, ne peut avoir des effets plus étendus que n'en aurait, dans la même situation, le testament d'un Français. » Où est-il dit que la femme étrangère qui teste est *réputée* subordonner ses dispositions à la loi française sur la réserve des ascendants? Le seul texte que nous ayons sur la succession des biens délaissés en France par un étranger, c'est l'article 3 du code Napoléon; et cet article ne fait aucune distinction; que l'étranger soit domicilié en France ou non, qu'il s'y soit établi ou non sans esprit de retour, peu importe, dès qu'il a des immeubles situés en France, les ascendants étrangers y peuvent réclamer leur réserve. Mais l'article 3 ne reçoit pas d'application aux valeurs mobilières, celles-ci dépendent de la loi personnelle du défunt; quelle est cette loi? est-ce celle du domicile, ou celle

de la nationalité? Je n'entre pas dans ce débat, puisque la cour ne le touche pas; elle aurait dû le faire, s'il y avait du mobilier, ce qui est certain.

La cour finit par dire que « l'héritière réservataire étrangère, habile à succéder en France, tient sa réserve, non de son statut personnel, mais de la loi française, qui règle la succession (1) ». Voilà tout ce qu'il y avait à dire : tout le reste est un hors-d'œuvre et ne regarde pas le débat. Seulement la cour s'exprime encore ici en termes trop absolus. Il n'y a aucune disposition du code qui dise que l'étranger peut réclamer sa réserve sur une succession ouverte en France, en vertu du code Napoléon; l'article 3, le seul qui concerne la matière, ne parle que des immeubles. Que devenaient les meubles, dans l'espèce? La cour n'en dit rien.

§ III. — *Du statut territorial en matière de succession.*

153. Les auteurs discutent la question de savoir quelles sont les dispositions, en matière de succession, qui ont un caractère d'intérêt général et qui, à ce titre, forment un statut réel, en ce sens qu'elles dominent le statut personnel ou national de l'étranger. Cela suppose que le statut personnel détermine le droit de succession. Il en est ainsi en Allemagne et en Italie. Dans ce système, naît la question de savoir si l'étranger peut invoquer son statut personnel, quand ce statut est en opposition avec une loi territoriale d'*ordre public :* c'est l'expression dont on se sert habituellement pour désigner les lois qui concernent les droits de la société, et il est admis par tout le monde, et dans tous les pays, que le droit de la société l'emporte sur le droit des individus, c'est-à-dire que le statut réel domine le statut personnel.

La question ne peut pas se présenter en France, ni partout où le principe de la réalité domine dans les successions; tout étant réel et dépendant de la loi territoriale, il n'y a plus de place pour le statut personnel, et par con-

(1) Alger, 10 février 1875 (Sirey, 1875, 2, 318).

séquent, le conflit devient impossible entre la loi du territoire et la loi de l'étranger, l'étranger ne pouvant jamais invoquer sa loi personnelle. Toutefois cela est trop absolu. Le principe de la réalité vient de la tradition, or la théorie traditionnelle des statuts distingue entre les successions mobilières et les successions immobilières. Les premières sont régies par la loi de la personne; si cette loi est en opposition avec la loi territoriale, et s'il s'agit d'un droit de la société, l'étranger ne pourra pas se prévaloir de son statut personnel : le droit de la société l'emporte sur le droit de l'individu. Mais quand peut-on dire que la loi territoriale est réelle en ce sens?

154. J'ai eu souvent l'occasion de dire, dans le cours de ces Etudes, que la question de savoir quels statuts sont d'*ordre public*, en ce sens qu'ils dominent le statut personnel, est une des grandes difficultés de notre science. Il y a peu de lois dans lesquelles l'intérêt public n'intervienne, car la mission essentielle du législateur est de régler ce qui est d'intérêt général, il ne s'occupe jamais de ce qui est de pur intérêt privé. Mais il y a des lois qui ont directement pour objet les droits et les intérêts de la société, tandis que d'autres concernent directement les droits et les intérêts des particuliers : les premières sont d'*ordre public*. Est-ce à dire qu'elles dominent nécessairement le statut personnel de l'étranger? Non, car régulièrement le législateur n'a en vue que les membres de la société pour laquelle il fait des lois; il ne songe guère aux étrangers qui peuvent se trouver sur le territoire, il n'a pas pour mission de les gouverner, ni de régler leurs droits; et en général il n'y a aucun intérêt. Quand peut-on dire qu'il y est intéressé? Ici naît la difficulté; on ne peut la résoudre en termes généraux et absolus. C'est une question d'intérêt, et par conséquent d'intention; à raison de l'intérêt que le législateur a à appliquer ses lois aux étrangers, ou à repousser celles que les étrangers invoquent, on suppose qu'il veut les imposer aux étrangers comme à ses nationaux, ou qu'il veut écarter les lois étrangères qui seraient en opposition avec ses principes d'ordre social. Cela est très vague, et il est cependant

difficile de préciser davantage ; j'ai essayé de le faire dans l'étude que j'ai consacrée au statut réel (1), en disant que les statuts réels sont ceux qui intéressent l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société ; la formule vaut mieux que celle d'*ordre public* ou d'*intérêt général ;* néanmoins elle ne résout pas toutes les difficultés; il reste toujours à savoir quand on peut dire que l'*existence* ou la *conservation* de la société ou son *perfectionnement* demande qu'une loi territoriale soit appliquée aux étrangers ou qu'une loi étrangère soit écartée. Nous allons écouter la doctrine, notamment en matière de succession.

Wächter, l'excellent jurisconsulte que j'ai eu si souvent l'occasion de citer, pose en principe que le statut personnel, en cette matière, est la règle, la succession étant un droit de famille, et chaque législateur réglementant la famille de ses nationaux comme il l'entend, tandis qu'il n'a ni qualité ni mission de réglementer les familles étrangères ; donc le juge appliquera aux naturels du pays la loi nationale, quelle que soit la situation des biens, de même qu'il appliquera aux étrangers leur loi personnelle, même pour les biens situés dans son territoire. Voilà la règle. Elle reçoit exception quand le législateur règle la succession à des biens particuliers situés sur son territoire, par exemple les biens féodaux ; en portant une loi spéciale pour certains biens, le législateur a en vue les biens eux-mêmes, leur nature particulière, et partant tous ceux, naturels ou étrangers, qui les possèdent (2).

Fiore dit que l'étranger ne pourrait pas se prévaloir de son statut personnel contre les lois territoriales qui règlent le régime de la propriété ou qui concernent l'intérêt économique, agricole ou politique de l'Etat. Cela est aussi très vague, et, dans l'application, le juge jouira d'un pouvoir d'appréciation à peu près arbitraire. Le légiste italien applique son principe à la transmission des fiefs, aux fidéicommis et aux substitutions ; l'étranger ne pourrait pas invoquer sa loi personnelle qui admet ces successions

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 185-208.
(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 363 et 364, nos 1 et 2.

spéciales dans un pays où il n'y aurait ni substitutions ni fiefs. Pour les fiefs, la chose est d'évidence, puisqu'il ne saurait y avoir de succession aux fiefs là où il n'y a plus de biens féodaux. Je reviendrai sur les substitutions. Il en est de même des majorats, du droit d'aînesse, de l'exclusion des filles; ce sont des lois politiques qui dépendent de l'organisation sociale, et tout ce qui est de droit public forme un statut réel (1).

153. Savigny cite aussi comme exemples de statuts réels, en matière de succession, les lois qui établissent le droit d'aînesse et les substitutions. En apparence, le droit public domine ici le droit privé, le législateur donne la préférence à l'intérêt politique, tel qu'il le comprend, c'est-à-dire au principe aristocratique, sur les liens et les affections, sur les devoirs mêmes que crée la famille. Il y a cependant un motif de douter qui m'a porté à maintenir le statut personnel de l'étranger. J'ai dit, dans mes *Principes de droit civil* que le législateur, en établissant l'aristocratie comme base de l'ordre civil et politique, a en vue les nationaux et non les étrangers, il n'entend pas imposer l'égalité aux sujets d'un Etat aristocratique qui seraient appelés à recueillir une succession sur son territoire. Dira-t-on qu'il y aurait une espèce d'anarchie dans la société si l'on y admettait deux principes contraires et ennemis? En théorie, cela est vrai; mais, en fait, cette considération perd beaucoup de son importance. Lorsque des étrangers recueillent des biens, à titre de substitution fidéicommissaire, ou à titre de droit d'aînesse, cela se réduit, en définitive, à leur attribuer en France des valeurs mobilières, ce qui est de pur intérêt privé; cela n'a aucune influence sur l'ordre social, à ce point que ces détails de famille restent d'ordinaire ignorés (2).

Mais la question a encore une autre face. L'ordre moral est en cause, et dès que les mœurs souffrent de l'application d'une loi étrangère, il faut l'écarter, la société n'ayant pas de plus grand intérêt que la morale. Au conseil d'État, Napoléon dit que les substitutions sont contraires aux

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 519, n° 396.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 198, n° 130.

bonnes mœurs, et l'on en peut dire autant du droit d'aînesse. La moralité repose sur les familles, et que devient la famille dans un système qui sacrifie l'affection et le devoir à la splendeur du nom? « Il ne saurait y avoir un plus grand vice dans l'organisation des familles, dit Bigot-Préameneu, que celui de tenir dans le néant tous ses membres, pour donner à un seul une grande existence; de réduire ceux que la nature a faits égaux à implorer la bienfaisance et les secours du possesseur d'un patrimoine qui devait être commun. » On prétendait que les substitutions conservent les maisons. « Oui, dit Réal, mais elles détruisent les familles, en sacrifiant tous les enfants à l'aîné, en réduisant les cadets à la pauvreté, en jetant entre frères et sœurs des ferments éternels de discorde et de haine (1). » Un système immoral doit être écarté partout, qu'il s'agisse d'étrangers ou de nationaux, car la morale est universelle, et le devoir du législateur est de la favoriser. Ces considérations sont puissantes, mais je doute qu'elles soient décisives. L'Angleterre pratique le droit d'aînesse et les substitutions; la France les a abolies; les deux nations sont à la tête de la civilisation; l'une d'elles peut-elle dire à l'autre qu'elle blesse les bonnes mœurs, et qu'elle compromet la moralité des familles en admettant le droit d'aînesse et les substitutions? Ces priviléges ne sont pas de mon goût, et je crois que les Etats aristocratiques sacrifient la moralité à un intérêt politique; mais je n'oserais pas dire que la moralité serait compromise en France si l'on y permettait aux Anglais de recueillir des valeurs mobilières en vertu d'une substitution ou du droit d'aînesse. Je renvoie à ce que j'ai dit, dans ces Etudes, sur le conflit qui existe entre le droit français qui prohibe le divorce et le droit commun de l'Europe qui l'autorise (2). Il n'y a qu'une solution à ces conflits, c'est que le principe démocratique, en se répandant dans les populations germano-chrétiennes, mette fin à l'antinomie que je viens de

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 pluviôse an XI, nos 13 et 14 (Locré t. VI, p. p. 217). Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. V p. 313).
(2) Voyez le t. V de ces Etudes, n° 178, p. 258 et suiv.

signaler. En France, en Belgique, dans les Pays-Bas et en Italie, la révolution est consommée; je ne parle pas des républiques du Nouveau-Monde. Il reste l'Allemagne et l'Angleterre : le flot de la démocratie va montant; il emportera tous les débris de la féodalité.

§ IV. — *Du droit étranger.*

156. J'ai exposé, dans le cours de ces Etudes, la doctrine des Anglo-Américains, notamment dans son application au droit héréditaire (1). Story, après avoir parlé de la théorie des réalistes hollandais, dit qu'elle est d'accord avec la *common-law*. Cet accord s'explique par l'origine du réalisme dans le domaine du droit civil international; il procède de la féodalité; de là date la fameuse maxime que toute coutume est réelle; or les légistes hollandais sont les plus logiques des réalistes. Jean Voet nie absolument le principe de la personnalité, toute loi est circonscrite dans les limites de son territoire, mais aussi elle y a autorité sur les choses et les personnes étrangères. C'est au nom de la souveraineté territoriale que cet excellent jurisconsulte repousse le statut personnel de l'état et de la capacité; toutefois il est obligé d'avouer qu'il est impossible de maintenir *mordicus* (c'est son expression) la souveraineté de la loi territoriale, à moins d'entourer tous les peuples d'un mur chinois, ce qui revient à dire, avec les anciens, que l'homme est un loup pour l'homme. Voet rétablit la communauté entre les nations en invoquant la courtoisie; mauvais principe, car la courtoisie est synonyme d'intérêt, et l'intérêt n'est pas un principe ni un lien international, sauf dans les vues de la Providence. Toutefois c'est un premier pas hors de l'isolement hostile qui régnait au moyen âge, ce qui implique virtuellement l'abandon du réalisme féodal. La féodalité, dans son étroitesse, est incompatible avec les sociétés modernes, surtout avec les Etats commerçants qui ne pourraient pas vivre dans l'isolement, comme vivaient les petites vassalités du moyen

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 119 et 120, et nos 74-96.

âge, dans l'ignorance du commerce et de l'industrie. Chose singulière, la féodalité, toute réaliste qu'elle est, a abouti au principe de personnalité; elle n'avait aucun souci de la richesse mobilière, qu'elle ignorait; essentiellement territoriale, elle se concentrait dans le sol; les commerçants et les industriels s'emparèrent des meubles, et comme le commerce est cosmopolite, le droit qu'il inaugura devait aussi dépasser les limites du territoire, pour embrasser au besoin le monde entier. De là la personnalité du statut mobilier. On l'admit en matière de succession; c'était recevoir l'ennemi dans le camp du réalisme. Si les successions mobilières sont régies par le statut de la personne, il faut y soumettre aussi les successions immobilières; il n'y a pas une ombre de raison pour faire une différence. Là où les motifs sont identiques, la règle aussi doit être la même; la personnalité l'emportera du moment que le sol ne sera plus gouverné par la loi féodale.

Le progrès se fait en Angleterre, quoique lentement. Pour le moment, la *common-law* est encore réaliste à outrance. Story rapporte les paroles du lord chief-justice Abbott : « La loi du domicile n'a jamais été appliquée à la propriété immobilière; je n'ai pas trouvé dans les archives de Westminster Hall une seule décision qui nous autorise à étendre au sol un principe qui ne regarde que la personne. Puisqu'il n'y a aucune autorité qui permette de régler la succession aux immeubles par la loi du domicile, je conclus que c'est la loi du pays où les immeubles sont situés qui doit recevoir son application (1). » C'est dire que le statut des successions, en tant qu'il s'agit d'immeubles, est essentiellement réel. Au moyen âge on réputait réel même le statut de la majorité féodale. La *common-law* décide aussi que la capacité du successible est déterminée par la loi de la situation des biens. On se croirait au onzième siècle : l'homme, sous le régime féodal, était souverain comme possesseur de la terre, c'est aussi la loi de la terre qui règle la capacité, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus personnel dans les relations juridiques. Enfin le droit anglais

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 517, § 434 de la 7e édition).

subordonne même les formes de l'acte à la loi de la situation des biens (1). C'est le réalisme dans toute son absurdité, à moins qu'il ne s'agisse de formes prescrites dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire dans l'intérêt public, telles que la transcription ; ces formes, comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire, et j'y reviendrai, doivent être observées par les étrangers comme par les naturels du pays, c'est une obligation pour tous, comme elles profitent à tous. Mais quand il s'agit de formes extrinsèques, qui ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté des parties, c'est la loi du lieu où l'acte est dressé qui les détermine : l'adage *Locus regit actum* est universellement reçu, pour cause de nécessité ou d'utilité générale, en ce sens il fait partie du droit des gens ; mais les réalistes ne tiennent pas plus compte du droit des gens public que du droit international privé. J'ai cité ici même l'édit perpétuel de 1611, qui donnait tout à la réalité, en matière de testament, sous le rapport de la forme aussi bien que de la capacité. C'est pousser la réalité des coutumes jusqu'à l'absurde.

Par une singulière anomalie, le droit anglais qui réalise tout, règle la succession testamentaire par la loi personnelle, c'est-à-dire, par le statut du domicile (2). Est-ce parce que la volonté de l'homme y domine? Si telle est la raison de cette disposition exceptionnelle, l'exception doit devenir la règle, car la succession *ab intestat* procède aussi de la volonté du défunt : celui qui, pouvant disposer comme il le veut, sans tenir compte d'aucun statut, et qui ne fait aucune disposition. s'en rapporte tacitement à la loi qui le régit en toutes choses, donc à la loi de son domicile, ou, comme on l'admet en France et en Italie, à sa loi nationale. La logique des principes finira par assimiler la succession *ab intestat* à la succession testamentaire, et à ne reconnaître d'autre loi, en cette matière, que celle du défunt.

157. Le vrai principe, celui de la personnalité gagne. La cour suprême (*Tribunal supremo*) de Madrid a rendu un arrêt basé sur ce principe, en empruntant ses considé-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 541, § 431, et 547 § 435.

(2) Asser, *Rapport fait à l'Institut du droit international* (*Revue du droit international*, t. VII, p. 402).

rants à Savigny. Telle est l'influence de la science : elle étend tous les jours son empire, à mesure que les peuples se rapprochent, et les sciences physiques contribuent à les rapprocher, par les merveilleuses inventions qui détruisent les distances et unissent les hommes des pays les plus éloignés.

Un Français résidant à Palma (Majorque) y épouse une femme espagnole et l'institue légataire universelle ; à sa mort, la mère du testateur demande la nullité du testament, pour vice de forme et pour cause d'inofficiosité. Je laisse de côté la difficulté concernant la forme pour y revenir plus loin. Quant au fond, la demanderesse soutenait que l'Espagne étant régie par le droit romain, le testateur devait instituer sa mère héritière, ou l'exhéréder pour juste cause, sous peine de faire un testament inofficieux. Il est vrai que le testateur était Français et que le code civil ne connaît plus la *querelle d'inofficiosité* ; mais, en matière de succession, disait la demanderesse, c'est un axiome que la transmission des biens est régie par la loi du lieu où les biens sont situés. La cour n'admit point ce prétendu axiome. Elle reconnaît que la transmission de la propriété immobilière est réglée par le statut réel, dans le cas où il s'agit de biens déterminés, acquis à titre particulier. Mais le principe qui soumet les immeubles à la loi de leur situation n'est pas applicable à une universalité de biens, comprenant un passif et un actif, une universalité n'ayant pas de situation ; dans ce cas, c'est le statut personnel qui doit recevoir son application. Restait une difficulté : quel était, dans l'espèce, le statut personnel ? était-ce celui du domicile, la loi espagnole, ou était-ce celui de la nationalité, la loi française ? La cour n'examine pas la question ; mais comme elle écarte la nullité, pour cause d'inofficiosité, elle se prononce par cela même pour le statut national du défunt, en décidant qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le testament, la mère ayant l'action en réduction pour obtenir la portion des biens qui lui était due à titre de réserve. C'est le principe français (1).

(1) Arrêt du 6 juin 1873, dans le *Journal du droit international privé*, de Clunet, 1874, p. 40.

158. Je mentionnerai encore, à titre de curiosité internationale, des arrêts rendus par la cour de Pondichéry, dans l'Inde française. Lors de l'occupation française, le gouvernement garantit aux Indiens qu'ils seraient régis par les lois et coutumes de leurs castes. Cette promesse a été de nouveau consacrée par l'arrêté du 16 janvier 1819, portant publication de plusieurs codes français dans les établissements de l'Inde. La cour de cassation ajoute que les règlements du gouverneur général de la colonie, en date des 18 novembre 1769 et 2 septembre 1775, qui reconnaissent aux Indiens la faculté de tester, ne s'occupent que de la forme des testaments et de la désignation des officiers ministériels appelés à les rédiger, ils ne statuent rien sur la capacité de donner et de recevoir, ni sur les biens dont les testateurs peuvent disposer; ces règlements ont par cela même laissé, sur ce point, les Indiens sous l'empire de leurs lois et coutumes, conformément à la promesse qui leur en avait été faite. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Les Indiens peuvent déclarer qu'ils se soumettent à la législation française; à défaut d'une déclaration pareille, on applique les dispositions de la loi hindoue. C'est une situation analogue à celle qui existe dans l'Algérie, et que j'ai rencontrée dans le cours de ces Etudes.

Dans une première espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le demandeur attaquait une donation pour vice de formes; il a été jugé que les solennités du code civil n'étaient pas applicables. D'après la loi locale, un acte sous seing privé suffit, pourvu que les parties aient observé les formes de publicité qui sont seules requises pour donner de l'authenticité à l'acte; or, dans l'espèce, la donation faite par acte sous seing privé, en présence de témoins, avait été acceptée par le curateur de la donataire, puis l'acte avait été déposé par les donateurs dans l'étude du tabellion de Pondichéry et transcrit au bureau de la conservation des hypothèques. La cour d'appel décida que ces solennités remplissaient suffisamment le vœu de la loi hindoue en ce qui concerne la publicité; et sur le pourvoi il intervint un arrêt de rejet,

fondé sur ce que les parties intéressées ne prouvaient pas qu'une loi hindoue eût été violée (1).

Dans une autre espèce, la cour de Pondichéry avait annulé un testament parce qu'il contenait une substitution prohibée. L'arrêt constate que les lois et coutumes hindoues gardaient le silence sur les substitutions, il en conclut que la matière doit être régie par le code Napoléon, par la raison que les Hindous ayant emprunté à la législation française le mode de disposer de leurs biens par testament, il est à la fois logique et naturel qu'ils se soumettent aux dispositions qui sont le corollaire du droit français qu'ils ont adopté. Cette singulière argumentation ne fut pas approuvée par la cour de cassation. Les parties étaient régies par leurs coutumes nationales ; si ces coutumes ne statuaient rien sur les substitutions, la conclusion qu'il en fallait déduire est que ces dispositions étaient valables ; d'autant plus que la cour de Pondichéry, dans une première décision, avait elle-même reconnu que les substitutions étaient conformes à l'esprit général de la législation hindoue. En conséquence, la cour cassa l'arrêt attaqué comme ayant faussement appliqué l'article 896 du code civil (2).

Les Indiens et les indigènes de l'Algérie sont soumis à un régime qui rappelle le système des lois personnelles des peuples germaniques après l'invasion des Barbares : les vaincus sont régis en tout par leurs coutumes et leurs lois nationales. Pourquoi n'admettrait-on pas un principe analogue pour les étrangers ? Est-ce que la souveraineté française est blessée parce que la cour de cassation applique aux Indiens et aux Algériens leur droit national ? Les anomalies qui en résultent ne portent aucune atteinte à la puissance souveraine ; celle-ci est hors de cause, puisqu'il s'agit d'intérêts privés. Si l'ordre public n'est pas lésé lorsque la cour de cassation valide des substitutions indiennes, quand même les immeubles seraient situés dans la France continentale, pourquoi serait-il troublé si

(1) Rejet de la chambre civile du 5 avril 1876 (Sirey, 1877, 1, 75).
(2) Cassation, 6 juin 1865 (Sirey, 1866, 1, 75).

la cour de cassation validait des substitutions anglaises? Dès que les droits de la société sont saufs, on doit permettre à toute personne de vivre sous l'empire du droit dans lequel elle a été élevée, et qui est l'expression de ses sentiments et de ses idées.

§ V. *Quelle est la loi personnelle en matière de succession?*

159. La loi personnelle joue un grand rôle en matière de succession. En Allemagne, elle est admise pour toute espèce de succession *ab intestat* et testamentaire et sans distinction entre les meubles et les immeubles. Ce principe a été consacré par le code italien, et il est probable qu'il le sera par le code des Belges. Là où règne encore la vieille maxime de la réalité des coutumes, la personnalité du statut de succession est admise pour les valeurs mobilières ; or, la richesse mobilière s'accroît dans des proportions prodigieuses, ce qui aura pour résultat que le statut personnel régira la plus grande partie des successions. D'un autre côté, la volonté de l'homme, toute-puissante, envahit le droit, et demande qu'on reconnaisse son autonomie; les Anglais, quelque réalistes qu'ils soient, semblent obéir à cette tendance en soumettant les successions testamentaires à la loi personnelle du testateur. La logique des principes aboutira à admettre la personnalité pour tout le droit héréditaire. De là la grande importance de la question de savoir d'où dépend le statut personnel en matière de succession : est-ce du domicile? est-ce de la nationalité? Dans l'état actuel de la science et des législations, on ne peut pas donner de réponse absolue à la question. Il faut distinguer.

Là où tout le droit héréditaire est régi par le statut personnel, comme en Allemagne et en Italie, la personnalité reste sous l'empire du droit commun; elle n'a rien de spécial en ce qui concerne les successions. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, quel est ce droit commun. En Allemagne, les légistes sont restés attachés au vieux principe du domicile; les Italiens ont remplacé le domicile

par la nationalité. La science se prononce pour la nationalité, ce qui lui assure le triomphe définitif sur la tradition féodale. La loi du domicile n'est pas un principe, c'est un fait; elle remonte à une époque où il n'y avait pas de nationalité, on ne connaissait que des souverainetés territoriales, et il n'y avait d'autre statut que le statut réel. Quand, par exception, l'on admit un statut personnel, on le détermina par le domicile de la personne, on ne pouvait songer à le faire dépendre de la nationalité, puisque les nations n'existaient pas encore. D'ailleurs le conflit des lois personnelles n'existait guère qu'entre les provinces ou les communes d'un seul et même Etat, donc entre les naturels du pays; le seul moyen de distinguer cette multitude de statuts était de s'en rapporter au domicile. Cet état de choses se modifie partout, à mesure que les nations arrivent à l'unité. La France l'a réalisée, et, par suite, le principe de la nationalité a été inscrit dans le code Napoléon, implicitement, il est vrai, plutôt qu'en termes formels : de là les hésitations de la jurisprudence dont je parlerai. Quand l'Allemagne rédigera son code civil, elle laissera là, il faut l'espérer, une doctrine qui date d'une époque où il n'y avait pas de patrie allemande. Le statut de nationalité deviendra le droit commun. En matière de succession ce nouveau principe s'impose par la logique et la raison. Quand le testateur est domicilié là où est sa patrie, les deux statuts du domicile et de la nation se confondent. Telle était autrefois la règle, ce qui explique la persistance de la tradition; l'homme ne quittait guère sa patrie pour s'établir ailleurs. Cet état de choses a complètement changé depuis que l'on voyage plus facilement d'un continent à l'autre, que jadis on ne voyageait d'une ville à l'autre. Mais de ce que les affaires, les plaisirs, et mille raisons engagent une personne à s'établir hors de son sol natal, faut-il conclure qu'elle prend d'autres sentiments, d'autres idées, et qu'aussi souvent qu'elle change de domicile elle entend changer de droit? C'est comme si l'on disait qu'elle commence chaque fois une vie nouvelle, car le droit est une face de la vie et la plus importante. Non, elle conserve son individualité et, partant, le droit qui en

est l'expression. Cela est décisif, car il s'agit de la volonté du défunt; peut-il avoir l'intention de régler la transmission de ses biens, cette grande préoccupation de l'homme, d'après une loi étrangère, que le plus souvent il ignore? Et quand il la connaîtrait, quelle est la loi qui a le plus d'attaches dans dans son cœur, celle de la patrie ou celle du domicile? La conscience universelle répondra : La loi de la patrie.

161. La question, en théorie, est la même dans les pays qui n'admettent le statut personnel, en matière de succession, que pour les meubles. Il en est ainsi en France et dans tous les pays où l'on suit la législation française. On s'exprime mal en disant que le statut des successions mobilières est celui de la personne du défunt. C'est par une fiction que dans l'ancien droit on posait en principe que les meubles sont régis par le statut personnel; les meubles étant réputés n'avoir pas de situation véritable, on leur assignait une situation fictive, celle de la personne; par une assez mauvaise raison, c'est qu'ils étaient censés suivre la personne à l'usage de laquelle ils servaient. C'était une nouvelle fiction; quoi qu'il en soit, ces fictions n'ont rien de commun avec les considérations qui justifient la personnalité du statut; le statut était plutôt réel, puisqu'il dépendait de la situation, quoique fictive, des meubles. Or, en maintenant le droit traditionnel, le code Napoléon a maintenu la fiction sur laquelle reposait le statut mobilier. N'en faut-il pas conclure que le changement de principe consacré par le code civil (art. 3), en ce qui concerne le statut personnel, ne peut avoir aucune influence sur le statut mobilier, puisque au fond ce statut est réel? Cette opinion a trouvé un défenseur convaincu; je l'examinerai en traitant du statut réel. Pour le moment, je me borne au droit héréditaire : les successions mobilières sont-elles régies par le statut national du défunt ou par le statut de son domicile? En théorie, il n'y a pas à hésiter d'après ce que je viens de dire. Au point de vue de la tradition, la solution est douteuse, car nous ne savons absolument rien de la pensée qui a présidé à l'article 3 du code Napoléon. De là l'incertitude de la jurisprudence.

M. Renault l'a résumée en ces termes dans une excellente étude (1) : « Il est assez difficile de dire quelle est exactement la solution de la jurisprudence, ses décisions n'étant ni très précises, ni très concordantes. Généralement les arrêts parlent de la loi du domicile, conformément à l'ancienne doctrine qu'ils appliquent soit aux étrangers en France, soit aux Français à l'étranger; quelquefois ils contiennent des expressions ou des réserves qui supposent la doctrine de la loi nationale. » Comme il n'y a point d'arrêt de principe, je n'entre pas dans la discussion de décisions non motivées et, partant, sans valeur doctrinale. Je préfère rapporter l'opinion claire et nette de M. Renault, sauf à discuter, dans une autre Etude, la question de principes : « Nous pensons que c'est la nationalité qui doit déterminer ici la loi applicable; il semble, en effet, résulter de l'article 3 du code civil que la loi française régit l'état et la capacité des Français, quel que soit le caractère de leur établissement en pays étranger; il n'y a pas de raison sérieuse de distinguer entre la loi sur l'état de la personne et la loi sur la dévolution de la succession. Comme on l'a dit en d'excellents termes, « la doctrine du domicile isole trop arbitrairement le sort des meubles de la condition de celui à qui ils appartiennent, alors qu'entre ces deux idées le lien est intime, absolu, indissoluble. Si les meubles suivent la loi de la personne, il ne saurait dépendre de la volonté du possesseur de leur imposer une loi différente sans changer lui-même sa propre condition. Si les meubles n'ont d'assiette que par le lien qui les unit au détenteur, leur loi doit être la même, et le détenteur demeurant étranger, les meubles ne peuvent devenir français (2). » Par identité de raison, le Français qui change de domicile, restant Français, les meubles ne sauraient devenir étrangers. Cela est décisif au point de vue de la théorie. Reste la tradition : j'y reviendrai.

(1) *De la Succession des étrangers en France et des Français à l'étranger* (*Revue du droit international privé*, 1875, p. 342).

(2) Conclusions de l'avocat général Aubépin devant la cour de Paris (Dalloz, 1872, 2, 65).

162. Quelle est l'influence du changement de domicile sur le statut qui régit les successions? J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, quelles étaient les incertitudes de l'ancienne doctrine en cette matière (1). Je ne renouvelle pas le débat; les principes généraux que j'ai exposés suffisent. Mais comme la théorie du domicile règne encore en Allemagne et dans le droit anglo-américain, il ne sera pas inutile de résumer les règles que Wächter établit en cette matière (2); je me borne cependant aux règles générales sans entrer dans le détail des réserves que l'auteur y fait : c'est une mer de doutes.

Quand une personne change de domicile, c'est le dernier domicile qui détermine la loi d'après laquelle sa succession sera déférée. Une fois le principe du domicile admis, cela est logique, mais il faut avouer que cela est absurde. Je change neuf, dix fois de domicile, en conservant toujours ma nationalité : la mort me surprend au moment où je me disposais à rentrer dans ma patrie. Mon droit a toujours été celui de ma nationalité, en ce sens du moins que c'est le seul que je connusse; rentré sur le sol natal, ce droit devenait aussi celui de mon dernier domicile; et voilà que le hasard de la mort veut que ma succession sera régie par une loi que j'ignore, dont je n'aurais pas voulu si je l'avais connue! Cela se comprend tout au plus en Allemagne, au milieu des nombreux Etats qui y existaient, quand la loi du domicile y prit cours : il n'y avait pas de nationalité allemande. Mais là où il y a une nationalité, on ne comprend pas que la loi nationale cède devant la loi du domicile, surtout quand il s'agit de déterminer la volonté que le défunt a eue en disposant ou en ne disposant pas de ses biens. Car la règle reçoit aussi son application à la succession testamentaire, qui dépend absolument de la volonté de l'homme quant au fond, sauf le droit de réserve qu'il doit respecter, et les conditions de capacité. Mais conçoit-on que la réserve existe ou n'existe pas, qu'elle augmente ou diminue selon le

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, nos 269-270 et 316-320.

(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 381 et 382.

hasard du domicile? Et si c'était calcul? Le domicile dépend de la volonté de l'homme; il pourrait donc établir son domicile dans un pays où ses ascendants n'auraient point de réserve, où il lui serait permis de déshériter ses enfants! Conçoit-on que les droits des réservataires dépendent de la volonté du testateur? Et conçoit-on qu'il devienne capable ou incapable de disposer selon le lieu où il s'établit? On interprétera aussi ses dernières dispositions d'après la loi de son dernier domicile, c'est-à-dire d'après une loi que, le plus souvent, il ne connaît point : ainsi il sera censé avoir voulu ce qu'il ignorait !

Le changement de domicile a-t-il effet sur la forme du testament? En général, le testament est dressé dans les formes du pays où le testateur fait ses dispositions; dans ce cas, il est valable quand les formes locales ont été observées, et le changement de domicile ne peut pas invalider un acte qui était valable partout, même dans le lieu où le testateur est mort. Cela suppose cependant que le testateur a disposé dans le lieu où il était domicilié; s'il a testé ailleurs et dans les formes de son domicile et qu'ensuite il change de domicile, son testament ne sera plus valable, car il ne l'était qu'à raison de son domicile, donc il cesse d'être valable quand l'ancien domicile est remplacé par un nouveau. Quelle subtilité dans une matière où tout devrait être d'une simplicité extrême, puisque la plupart des lois permettent au testateur d'écrire lui-même ses dernières volontés; et combien se trouvera-t-il d'hommes qui, ayant fait un testament valable en la forme, sauront qu'en changeant de domicile ils doivent en faire un nouveau? Il en est de même des autres restrictions que reçoivent les règles que je viens de retracer; tout ce qui est compliqué, et telles sont les exceptions, multiplie les chances de nullité. Cela est si vrai que les formes mêmes que le législateur établit pour garantir la libre expression de la volonté du testateur tournent souvent contre lui, parce que l'inobservation de la moindre de ces formes entraîne la nullité du testament, quand même il serait certain que l'acte contient la vraie expression de la

volonté du défunt. Que sera-ce des subtilités en matière de domicile?

163. La jurisprudence française, en cette matière, donne lieu à de nouvelles difficultés. Elle décide que l'étranger n'acquiert de domicile en France que lorsqu'il s'y établit avec autorisation du gouvernement. J'ai combattu cette jurisprudence, et j'ai pour moi la jurisprudence des cours de Belgique (1). Il en résulte que l'incertitude règne sur la base même de la doctrine du domicile : on veut que la loi du domicile régisse la succession, et l'on ne sait pas quel est ce domicile! L'étranger qui s'établit en France sans autorisation, conservera-t-il au moins son ancien domicile? Nouvelle incertitude. Si c'est un émigrant qui s'établit en France sans esprit de retour, il abdique son domicile en même temps que sa patrie; il a rompu tous les liens qui l'attachaient à son domicile d'origine, il n'y conserve aucun établissement, il a la volonté de se fixer en France, où l'on ne tient aucun compte de son intention, quoiqu'elle coïncide avec le fait. Il n'aura donc de domicile nulle part. Que devient alors la loi du domicile?

Le principe de nationalité présente moins de difficultés, parce qu'il est très rare que les hommes changent de patrie. Il s'en présente cependant une qui accuse l'imperfection de nos lois. Je viens de supposer qu'un émigrant s'établit en France sans autorisation du gouvernement; il n'y aura pas de domicile d'après la jurisprudence française; et bien moins encore acquerra-t-il la nationalité française; il n'a plus de patrie. Quel sera son statut national? On ne peut pas dire du statut ce que l'on pourrait admettre à la rigueur pour le domicile : que l'émigrant conserve son statut national d'origine, ce serait une étrange fiction que celle d'un statut national sans nationalité. Et cependant on aboutit à cette anomalie, quelque opinion que l'on adopte. Si l'on admet, comme je l'ai enseigné (2), que l'étranger sera régi en tout par la loi du

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, n° 264, p. 456.
(2) Voyez le tome III de ces Etudes, n° 253, p. 437.

territoire, on lui donne par cela même un statut personnel régissant son état et sa capacité, or, le statut personnel, d'après le code Napoléon, dépend de la nationalité : voilà de nouveau un statut national sans nationalité.

SECTION II. De la capacité de succéder, de recevoir et de disposer.

§ Ier. *Abolition du droit d'aubaine.*

164. Aux termes de l'article 11 du code civil, « l'étranger jouit en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient ». C'est dire que l'étranger ne jouit pas des droits civils en France, sauf en vertu d'un traité de réciprocité. Il peut encore acquérir cette jouissance s'il établit son domicile en France avec autorisation du gouvernement : c'est ce que dit l'article 13 auquel la jurisprudence française a donné une si étrange interprétation. Reste à savoir ce que l'on entend par droits civils. J'ai consacré une longue étude à cette question, qui, en théorie, est insoluble, puisque la distinction des droits civils et des droits naturels ou du droit des gens est fausse. C'était cependant la doctrine des anciens jurisconsultes, notamment de Domat et de Pothier, auxquels les auteurs du code civil l'ont empruntée. La difficulté ne se présente point pour le droit héréditaire pour lequel nous avons des textes. L'article 726 du code Napoléon porte : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de l'empire que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11. » L'article 912 applique le même principe à la succession testamentaire : « On ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français. »

Les articles 726 et 912 consacraient l'incapacité de l'étranger de succéder, soit *ab intestat*, soit par acte de dernière volonté. C'est ce qu'on appelle improprement le

droit d'aubaine. Sous l'empire du droit d'aubaine, l'incapacité de l'étranger était plus grande, il ne pouvait transmettre ses biens *ab intestat*, pas même à ses parents français, ils appartenaient au fisc; c'est ce que les vieux légistes appellent un des fleurons de la couronne de France. Une loi française du 14 juillet 1819 abolit les articles 726 et 912. Elle est intitulée : « Loi relative à l'abolition du *droit d'aubaine* et de *détraction*. » L'article 1er est ainsi conçu : « Les articles 726 et 912 du code civil sont abrogés. En conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume. » La loi belge du 26 avril 1865 a reproduit textuellement la loi française, sauf l'intitulé qui n'est pas exact. Je renvoie sur ce point aux explications que j'ai données sur les lois nouvelles (1).

165. La loi de 1819 que la Belgique et les Pays-Bas ont tant tardé à reproduire, inaugure l'avénement du droit international privé. Notre science suppose le conflit des lois étrangères avec les lois territoriales du pays où l'étranger exerce ses droits. Cela implique que l'étranger a la jouissance des droits privés, et qu'il s'agit de décider si, en exerçant ces droits, il est régi par sa loi personnelle ou par la loi territoriale. S'il ne jouit d'aucun droit, ou s'il est soumis en tout aux lois du territoire où il réside, pour sa personne et pour ses biens, il ne saurait être question d'un droit civil international, parce qu'il n'y a pas de conflit possible. Voilà pourquoi les anciens n'ont pas eu le soupçon de notre science, pas même le peuple juridique par excellence, parce que les étrangers étaient sans droit, sauf en vertu d'un traité, règle que les Romains trouvèrent bon de graver sur leurs XII Tables, et qui ne fut jamais abrogée. Quand au moyen âge le droit se localisa et devint territorial, on suivit comme principe que toute coutume est réelle; la terre était souveraine et elle étendait sa puissance sur tout ce qui se trouvait sur le territoire, personnes et choses; il ne pouvait être ques-

(1) Voyez le tome III de ces Études, p. 645, nos 363-368.

tion, sous le régime féodal, d'un droit international privé, puisqu'il n'y avait qu'une loi. Heureusement que cette exclusion des étrangers était en opposition avec l'esprit des peuples de race germanique et avec la religion qui gouvernait les âmes. C'est du moyen âge, décrié pour la force qui y dominait, que date la notion du droit. Cela permit aux glossateurs d'introduire à côté de la réalité des coutumes un principe nouveau, celui de la personnalité, pour les lois qui concernaient l'état et la capacité des personnes. C'était un retour au système des lois personnelles qui existaient chez les Barbares après l'invasion. Il est vrai que la violence qui était érigée en droit sous le régime féodal était une entrave au droit; mais le règne de la force était aussi, à certains égards, le règne du droit. Ce qui témoigne pour les tendances généreuses de la race germanique, c'est qu'un empereur d'Allemagne, un Hohenstaufen prit l'initiative de l'abolition du droit d'aubaine, dès le treizième siècle, alors que ce droit réellement barbare vient à peine d'être aboli en Belgique, dans les Pays-Bas et en Angleterre.

C'est quand la royauté prit la place de la féodalité que le droit d'aubaine s'enracina dans les mœurs et dans les lois, à tel point que les jurisconsultes philosophes, tels que Domat, rapportèrent l'incapacité de l'étranger à la nature; et cette incapacité était absolue, car si l'étranger vivait libre en France, il y mourait serf. Est-ce que par hasard Dieu aurait voulu rendre les hommes serfs à leur mort, alors qu'il les a créés libres? Qu'est-ce qui aveuglait les meilleurs esprits à ce point qu'ils prétendaient justifier une loi de spoliation? Montesquieu s'en prenait à la barbarie germanique; il aurait dû accuser les princes de la science, les jurisconsultes romains et leur fausse théorie des droits civils, qui ne peuvent appartenir qu'aux citoyens, tandis que les étrangers ne sauraient avoir la jouissance de droits qui ont leur principe dans la loi. Pothier et Domat exposent cette théorie sans manifester le moindre doute sur la vérité des principes qu'ils trouvaient dans les lois romaines; ces lois étaient pour eux la raison écrite. Qu'en résultait-il pour le droit international privé? Il ne

recevait pas d'application dans les matières les plus importantes, telles que le droit héréditaire, car le droit de succéder et celui de transmettre ses biens, soit *ab intestat*, soit par acte de dernière volonté, passaient pour des droits civils par excellence. Il fallut que les philosophes du dernier siècle fissent appel à la fraternité humaine, pour faire honte aux légistes de leurs préjugés barbares; c'est sous l'influence de la philosophie que l'Assemblée Constituante abolit le droit d'aubaine par le célèbre décret qui rappelait les paroles de Montesquieu.

166. Mais les préjugés des hommes de loi sont tenaces; et plus tenace encore est l'intérêt que l'on croit si clairvoyant et qui est si aveugle. Au nom de l'intérêt français, le code civil rétablit, non pas le droit d'aubaine, mais l'incapacité qui frappait l'étranger d'exercer un droit civil. Ce qui prouve que le législateur français s'était trompé dans l'appréciation du véritable intérêt de la France, c'est que la Restauration revint aux décrets de l'Assemblée Constituante; mais elle eut soin de proclamer que ce n'était pas parce qu'elle partageait les sentiments généreux de cette admirable Assemblée, mais par un intérêt mieux entendu, disons le mot, par égoïsme. L'égoïsme frappe de stérilité tout ce qu'il entreprend; c'est une leçon de dévouement que Dieu donne aux hommes. La loi de 1819 ajoute des réserves à l'abolition du droit d'aubaine, réserves qui sont en contradiction avec l'esprit de la loi, au moins telle que la comprenaient les hommes de 1789 : l'intérêt français, c'est-à-dire l'égoïsme national, n'est guère compatible avec la fraternité humaine. Si j'ai dit que la loi de 1819 inaugure l'avénement du droit civil international, il faut y ajouter cette réserve, que la gloire en revient à Celui qui se sert même de nos mauvaises passions pour réaliser le progrès. Le législateur réactionnaire de 1819 se vantait d'être égoïste, et il se trouve que son égoïsme a été un pas vers la réalisation de la communauté de droit entre les peuples, qui est l'idéal de notre science.

A l'Italie revient l'honneur d'avoir accompli les desseins de Dieu, en renversant définitivement le principe tradi-

tionnel qui remonte aux XII Tables; l'étranger, qui jadis était sans droit, jouit aujourd'hui de tous les droits privés qui appartiennent au citoyen; dans l'ordre des relations civiles qui font l'objet de notre science, il n'y a plus d'étranger. Pour compléter la révolution, il faut encore donner à l'étranger le droit d'invoquer sa loi personnelle ou nationale; le code italien l'a fait pour le droit héréditaire, sans songer à subordonner cette concession à l'intérêt italien. Je transcris l'article 8 du code d'Italie : « Les successions légitimes et testamentaires, en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la qualité des droits et la validité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. » C'est l'application du principe général de l'article 6, aux termes duquel les *rapports de famille* sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent. » Voilà un ordre d'idées qui est complètement étranger au législateur français de 1819, et il faut ajouter que les législateurs belges et néerlandais n'en ont tenu aucun compte, comme s'ils avaient ignoré ce que c'est que la personnalité des lois. Cependant Savigny dit, et avec grande raison, que pour rendre complète l'égalité des étrangers et des nationaux, il ne suffit pas de déclarer qu'ils jouissent des mêmes droits civils, il faut aussi que les lois étrangères soient mises sur la même ligne que les lois territoriales, en ce sens que, dans les débats d'intérêt privé, le juge doit appliquer la loi qui régit la contestation, sans considérer si cette loi est celle de son territoire ou si c'est la loi nationale de celui qui l'invoque. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut dire qu'il y a communauté de droit entre les nations. Si le législateur de 1819 ne s'est point préoccupé de cet ordre d'idées, c'est qu'il procède de l'intérêt, c'est-à-dire de l'égoïsme national. Voilà pourquoi il a ajouté une restriction à la concession qu'il fait aux étrangers; il les admet à succéder en France, mais à condition qu'ils ne lèsent pas les intérêts des Français. Je vais examiner cette disposition, et il me sera facile de prouver que c'est un débris du système que le

code civil avait consacré, et qui est au fond la prédominance de l'intérêt sur le droit.

167. La loi du 14 juillet 1819 porte (art. 2) : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. » La loi belge reproduit cette disposition. Au premier abord, elle paraît très équitable. On suppose que les biens sont situés partie en France, partie à l'étranger, et que les Français sont exclus en tout ou partiellement des biens situés en pays étranger. Si l'on procédait, dans ce cas, au partage des biens situés en France, d'après le principe de l'égalité, les étrangers auraient leur part dans les biens, tandis qu'à l'étranger, les Français seraient exclus, en tout ou en partie, par les étrangers. De là une inégalité injuste; pour rétablir l'égalité, la loi veut que les parents français prélèvent sur les biens français une valeur égale à celle des biens dont ils sont exclus à l'étranger. C'est, au fond, le principe de la réciprocité du code civil; or les lois nouvelles, en abolissant le système du code civil, abolissaient précisément ce principe, qui n'est autre que celui de l'intérêt français. Cela se comprendrait, à la rigueur, si les Français étaient exclus à l'étranger comme tels; il en était ainsi en Angleterre, avant la loi de 1870; les Français, comme tous les étrangers, étaient exclus, et ne pouvaient succéder, parce qu'ils n'avaient pas de *sang héritable*; à ne consulter que l'équité, il eût été profondément inique que, dans une succession à laquelle sont appelés des Anglais et des Français, sur les biens situés en France et en Angleterre, les parents anglais prissent leur part dans les biens français, alors que les parents français ne prendraient rien dans les biens anglais. C'était l'exemple que Boissy d'Anglas donnait en 1819 à la chambre des pairs; il avait l'équité pour lui. Mais la loi va plus loin; elle ne permet pas seulement aux parents français de prélever sur les biens situés en France la valeur des biens dont ils seraient exclus en pays étranger

à raison de leur nationalité française; le prélèvement se fait, quelle que soit la cause de l'exclusion, c'est-à-dire quand même elle tiendrait à une différence de législation, ou de statut (1). Ici ce n'est plus l'équité qui est en cause, c'est le droit; la nationalité française n'exclut pas les Français, les héritiers auraient la même nationalité que leurs cohéritiers étrangers, qu'ils n'en seraient pas moins exclus; leur donner, à raison de cette exclusion, le droit de prélever sur les biens français la part dont ils sont exclus en pays étranger, ce n'est plus respecter l'égalité, c'est, au contraire, introduire un privilége au profit des Français, ce qui entraîne une inégalité de droit au préjudice des étrangers; le législateur français impose sa volonté au législateur étranger, et comme il a les biens sous sa main, il parvient à faire dominer la loi française sur la loi étrangère. Mais le contraire peut arriver quand la masse des biens se trouve à l'étranger; si, dans ce cas, les héritiers français prennent les biens français par voie de prélèvement, la loi étrangère peut aussi autoriser ses nationaux à exercer un prélèvement sur les biens étrangers : est-ce là l'empire de l'équité? ou n'est-ce pas plutôt une lutte d'intérêts, et, dans cette guerre, ce sera le hasard qui décidera la victoire. Nous voilà bien loin de la communauté de droit entre les peuples; c'est toujours l'esprit hostile à l'étranger qui règne dans les relations privées comme dans les relations politiques, et cela est une conséquence forcée du principe de l'intérêt français, si l'on peut appeler principe ce qui est la négation du droit.

Je dis que c'est la négation du droit de l'étranger. L'objection a été faite contre la loi de 1819; M. de Serre, qui a proposé le projet, répond : « La loi étrangère aura tout son effet à l'étranger, mais nous ne sommes pas tenus de lui donner effet chez nous. *A la rigueur, nous pourrions exclure l'étranger des successions qui comprennent des biens situés en France*; à plus forte raison avons-nous le droit de le soumettre à une condition. C'est, en définitive, protéger nos nationaux contre la rigueur ou l'inégalité des

(1) Renault, dans le *Journal du droit international privé*, 1876, p. 16.

lois étrangères. » Cette justification a été reproduite en Belgique, dans le rapport fait sur la loi de 1865 (1); elle témoigne contre la loi et contre le législateur. C'est toujours l'esprit étroit qui régnait lors de la discussion du code civil. On veut bien reconnaître à l'étranger la faculté de succéder en France, mais ce n'est pas à titre de *droit*, c'est une concession qu'on lui fait par *intérêt*. De Serre l'a dit. On place donc l'intérêt au-dessus du droit, et au besoin le droit est sacrifié à l'intérêt. C'est ce que fait la théorie du prélèvement. Au point de vue de la justice, il n'est pas vrai de dire que chaque nation a le droit d'exclure l'étranger des biens situés sur son territoire : ce serait spolier l'étranger au profit du Français, ce serait le droit d'aubaine au profit des nationaux. Or le droit d'aubaine est une loi de spoliation; qu'importe qu'on l'exerce dans l'intérêt des individus ou dans l'intérêt de l'Etat?

M. de Serre a parlé au nom de l'intérêt, et il aboutit à la spoliation. Le droit tient un autre langage, c'est celui de l'Assemblée Constituante : elle a aboli le droit d'aubaine purement et simplement, sans réciprocité, sans prélèvement, sans se demander si l'intérêt français en souffrirait. L'illustre Assemblée s'est inspirée de la fraternité universelle. L'étranger et le Français qui concourent dans une succession sont des frères : est-ce qu'un frère dépouille l'autre? Le droit de l'étranger a la même force que le droit du national, donc le droit de l'étranger doit être respecté en France, comme le droit du Français doit être respecté en pays étranger. Cela est si vrai, que les traités qui abolissent le droit d'aubaine procèdent ainsi : ils sont fondés sur le principe de la réciprocité absolue, sans prélèvement aucun. Les traités antérieurs à la loi de 1819 ne parlent pas de prélèvement, et avant la loi nouvelle on ne le connaissait point : ces conventions introduisaient entre les nations contractantes la situation qui existait de droit, entre toutes les nations, en vertu des décrets de l'Assemblée Nationale, c'est-à-dire l'égalité de droit entre l'étran-

(1) Elias, *Rapport*, dans les *Documents parlementaires*, session de 1864 à 1865, p. 481.

ger et le Français. L'égalité établie par les anciens traités subsiste, malgré la loi de 1819, qui la restreint; car les conventions ne peuvent être abolies par la volonté de l'une des parties contractantes, et la loi de 1819 n'est qu'un acte unilatéral, émané de la France. Quant aux traités conclus postérieurement à la loi nouvelle, tout dépend de la volonté des parties contractantes : la France peut traiter sur la base de la loi de 1819 en abolissant le droit d'aubaine, sans la restriction du prelèvement, et il faut même présumer que telle est son intention; car il est inutile de faire une convention pour l'abolition du droit d'aubaine, puisqu'il est aboli en vertu d'une loi générale. On pourrait objecter que le gouvernement ne peut pas, en faisant un traité, déroger à une loi. Sans doute il ne le peut pas sans le concours des chambres; mais les traités qui abolissent le droit d'aubaine, étant approuvés par le pouvoir législatif, ont force de loi et peuvent, par conséquent, déroger à une loi antérieure. Toutefois, les traités peuvent aussi maintenir le principe du prélèvement; tout dépend de la volonté des parties contractantes. C'est une nouvelle source de difficultés, car il est toujours difficile d'apprécier l'intention des nations qui contractent (1).

168. M. Bertauld a vivement attaqué le principe du prélèvement, tel que je viens de l'établir, en le critiquant également. Une succession s'ouvre à l'étranger; il y a des biens situés à l'étranger et en France; sur les biens étrangers, les parents français ne sont pas appelés par la loi étrangère, ou ils sont moins bien traités que les parents étrangers; mais on suppose qu'ils ne seraient pas mieux traités, quand même ils seraient étrangers. En France, les parents étrangers sont appelés à succéder concurremment avec les parents français, mais ceux-ci prélèveront sur la part des successibles étrangers ce qu'ils ont perdu, à l'étranger, par suite de l'application de la loi étrangère. Tel est le sens littéral de la loi de 1819; ainsi entendue, dit M. Bertauld, le prélèvement est plus qu'une anomalie, c'est une injustice. Le législateur français dit : « Je

(1) Renault, dans le *Journal du droit international privé*, 1876, p. 18 et suiv.

veux régir exclusivement non seulement les successions ouvertes en France, mais encore les immeubles français dépendant d'une succession ouverte à l'étranger; mais je ne reconnais pas au législateur étranger le droit que je revendique pour moi-même; il ne régira pas pour le tout la succession ouverte sur son territoire, son pouvoir ne s'étend pas aux biens qui sont sur le territoire français. Je me vengerai de la souveraineté que la loi étrangère exerce chez elle, quand elle nuira à mes nationaux; j'accorderai des compensations aux Français pour les pertes qu'ils éprouveront par l'application de la loi étrangère, quand même ils auraient subi la même perte s'ils étaient étrangers; je les indemniserai, aux dépens de leurs cohéritiers étrangers, de ce que l'on n'a pas tenu compte à l'étranger de la loi française, bien que la loi étrangère traite les Français absolument sur le même pied que les regnicoles. Voici donc le langage que le législateur français tient aux nations étrangères : J'entends être seul maître chez moi, et quand vous ne me laisserez pas maître chez vous, quand, tout en donnant à mes nationaux ce que vous accordez aux vôtres, vous exclurez mes nationaux comme vous excluez les vôtres, je ne donnerai pas à vos nationaux ce qu'ils peuvent réclamer en vertu de mes lois, je punirai vos nationaux, parce que vous n'avez pas voulu donner aux miens ce que vous ne donnez pas aux vôtres (1). »

La critique est dure, mais au point de vue des principes, elle est juste; seulement M. Bertauld a tort d'exiger du législateur français de 1819 ce que celui-ci ne songeait pas à accorder, je ne dis pas aux étrangers, mais aux lois étrangères. Que veut la loi de 1819? Abolir les articles 726 et 912, qui refusaient aux étrangers le droit de succéder, de recevoir et de disposer, en vertu du principe de l'article 11 : le droit héréditaire était un droit civil, il devient un droit naturel, voilà tout. En ce sens les étrangers sont assimilés aux Français, et l'égalité règne entre eux. Mais en 1819 il y avait encore une autre inégalité dans la législation française; les Français étant

(1) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 80, n° 216.

régis par la loi française, l'égalité demande que les étrangers soient régis par la loi étrangère. Le code Napoléon repousse cette égalité, au nom de la souveraineté française, dans son article 3; admettre que des étrangers succèdent à des immeubles situés en France, en vertu de leur loi nationale, ce serait déroger à la puissance souveraine que la France exerce sur son territoire, ce serait diviser la souveraineté, indivisible de son essence. C'est ce que dit l'article 3 qui reproduit la doctrine traditionnelle des statuts, basée sur la souveraineté territoriale. Or, en 1819, personne ne songeait à changer cette doctrine. Le statut réel restait donc debout, avec le principe qu'il implique, celui de la souveraineté absolue que le législateur exerce sur son territoire. Ainsi la France était dans son droit en disant aux nations étrangères : « Je suis et je veux rester maîtresse absolue chez moi; j'ai exclu jusqu'ici les étrangers des successions qui s'ouvrent en France, et j'aurais le droit de maintenir cette exclusion ; je veux bien permettre aux étrangers de succéder en France, mais ne vous y trompez pas, ce n'est pas parce qu'ils y ont un droit, c'est parce que j'y trouve mon intérêt. Or il serait contradictoire qu'agissant dans mon intérêt, je nuise à mes nationaux; je mets donc comme condition à la concession que je fais à vos nationaux, que les miens soient toujours traités chez vous d'après mes lois; libre à vous, sans doute, de leur refuser les droits que mes lois leur donnent, mais, dans ce cas, je les indemniserai sur les biens situés en France. »

Voilà la théorie du prélèvement. C'est très bien raisonner, au point de vue de l'intérêt ; c'est très mal raisonner au point de vue du droit. J'ai rappelé, au début de ces Etudes, la parole de Savigny : Il ne suffit pas que les étrangers soient admis à jouir des droits privés, il faut aussi qu'ils en jouissent d'après leurs lois personnelles, à moins que la souveraineté territoriale ne soit en cause, les droits de la société l'emportant toujours sur les droits des individus. Cette communauté de droits est le vrai principe de notre science. La loi de 1819 le méconnaît; il serait injuste d'en faire un reproche au législateur ; à cette époque

notre science n'avait pas encore de nom, et on ne se doutait pas qu'il y eût une communauté de droit entre les peuples. Le seul reproche que l'on puisse adresser au législateur, c'est qu'il a renié la généreuse initiative de l'Assemblée Constituante en mettant l'intérêt au-dessus de la fraternité; encore faut-il se dire qu'il serait injuste de demander que la Restauration eût arboré le drapeau de 1789. Mais on peut le demander au législateur moderne; car nous procédons de la révolution française et nous sommes appelés à compléter son œuvre. Elle a proclamé la fraternité et l'égalité entre les personnes en abolissant le dur nom d'étranger; il reste à établir l'égalité entre les lois étrangères et les lois nationales en réformant la théorie traditionnelle des statuts.

169. La loi de 1819 ne touche pas à l'article 3 du code civil qui consacre cette théorie. C'est ce qui a trompé M. Bertauld; il suppose que le droit héréditaire dépend du statut personnel, tandis que l'article 3, quand on l'interprète, comme on doit le faire, par la tradition française, considère le statut des successions comme réel, ce qui veut dire que la souveraineté nationale est engagée dans le débat. C'est là une grave question, je l'ai longuement discutée dans le cours de ces Etudes, et je crois avoir prouvé que la souveraineté est hors de cause. En 1819, on croyait le contraire; de là le langage hautain que tenait M. de Serre : la France est maîtresse chez elle, elle donne aux étrangers ce qu'elle veut, et à telles conditions qu'il lui plaît d'établir. Ce langage est celui de tous les réalistes. Voet parlait comme M. de Serre, et dans la matière des immeubles et des successions immobilières, le code civil est aussi réaliste que les anciens statutaires.

Ainsi, la théorie des statuts, telle qu'elle résulte de l'article 3, reste intacte. J'ai déjà établi ce principe (1). Cela est certain pour la succession immobilière, elle est régie par la loi territoriale, donc par la loi française si les immeubles sont situés en France. Quand même tous les successibles seraient étrangers, et que le défunt serait

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 656, n° 371.

étranger, les héritiers sont appelés à succéder d'après la loi française. On lit dans un arrêt de la cour de Paris : « Aux termes de l'article 3 du code civil, les immeubles possédés en France par des étrangers ou par des nationaux sont régis par la loi française. Cette disposition, commandée par le droit politique, s'oppose à ce que, dans quelque cas que ce soit, la transmission des immeubles faisant partie du territoire national soit réglée autrement que par la loi française (1). » Telle est, en effet, la théorie de l'article 3, que Portalis a exposée devant le Corps législatif; la cour de Pau, en l'appliquant, en a fait, on dirait, la satire (2). Une sentence étrangère attribuait l'immeuble situé en France aux cousins germains, par préférence aux tantes que le code Napoléon appelait à succéder. La cour a refusé de déclarer l'arrêt exécutoire, parce qu'il était en opposition avec une loi française qui, comme le dit la cour de Paris, est de droit public. Ainsi c'est une question de droit politique, de savoir si ce sont les cousins germains ou les tantes qui succèdent en France; et la souveraineté de la France serait compromise si les cousins germains étrangers allaient prendre un immeuble français, au lieu des tantes! Je croyais que la succession *ab intestat* était le testament de celui qui meurt sans tester; c'est ce que dit l'orateur du gouvernement qui a exposé les motifs du titre des Successions : « Le législateur appelé à tracer un ordre de successions doit se pénétrer de toutes les affections *naturelles* et *légitimes* : il *dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé*. La loi présume qu'ils n'ont eu d'autre volonté que la sienne; elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même au dernier instant de sa vie, s'il eût pu ou s'il eût voulu s'expliquer (3). » Mettez ce principe en regard de la réalité du statut des successions immobilières; le défunt a des biens dans six Etats différents, régis par des législations diverses : il y aura autant de successions différentes, contraires, qui procèdent néanmoins de la même volonté,

(1) Paris, 12 mai 1874.
(2) Pau, 17 janvier 1872 (Sirey, 1872, 2, 233).
(3) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 2 (Locré, t. V, p. 90).

une volonté qui veut le pour et le contre, le oui et le non, le blanc et le noir. Et cette volonté n'est pas un caprice arbitraire, elle exprime les affections naturelles du défunt; est-ce que les affections varient et se contredisent d'après la situation des biens? Ici le défunt adore ses cousins, et il déteste sa tante; là il adore sa tante, et il déteste ses cousins. Voit-on un testateur qui fait au même moment, à l'instant de son décès, six testaments contraires, inspiré par la même affection pour les mêmes légataires? Voilà le statut réel que le code civil consacre, et que la loi de 1819 maintient!

170. Le réalisme lui-même s'effraya de ces conséquences absurdes; les statutaires étaient unanimes à établir un principe unique pour les successions mobilières. Ici l'absurdité du statut réel n'a plus de bornes. Quand le défunt est banquier ou commerçant, il peut avoir des valeurs mobilières dans toutes les parties du monde, à Londres et à New-York, à Paris et au Caire, en Chine et dans l'Australie : aura-t-il autant de volontés différentes et contraires qu'il a de débiteurs de nationalité diverse? On prévient toutes ces difficultés en admettant un statut unique, celui du domicile du défunt, quelle que soit la situation réelle ou fictive des meubles. C'était le seul principe rationnel de l'ancien droit. Le principe du prélèvement y déroge et le compromet. Quand il y a lieu au prélèvement, il s'exerce sur le mobilier comme sur les immeubles. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer; si l'on exceptait le mobilier, le prélèvement serait le plus souvent dérisoire, car il est rare que les étrangers possèdent des immeubles en France; il fallait donc autoriser le prélèvement sur les valeurs mobilières. La jurisprudence est allée plus loin, et logiquement elle devait le faire. Il y a, dans l'hérédité, des créances payables à l'étranger, et les titres se trouvent en France; le juge ordonnera le prélèvement sur ces créances : il ne peut pas forcer les banques étrangères à payer, que dis-je? les gouvernements étrangers pourront défendre aux banquiers de payer des créances qui, d'après la loi territoriale, appartiennent à leurs nationaux. Si le législateur

français a le droit de sauvegarder l'intérêt de ses nationaux en mettant la main sur des valeurs étrangères, à plus forte raison le législateur étranger peut-il retenir ces valeurs, qui appartiennent à ses nationaux. Voilà la guerre allumée entre des intérêts contraires, ce qui est inévitable, car les intérêts ne concorderont jamais.

L'Assemblée Constituante a aboli le droit d'aubaine au nom de la fraternité des peuples; ses décrets conduisaient logiquement à l'abolition du statut réel, sauf dans les cas où la puissance souveraine a le droit d'opposer le statut territorial au nom de l'intérêt public. C'est ce qu'a fait le législateur italien : il a tout ensemble respecté le droit de l'étranger et les lois étrangères. En 1819, la Restauration abolit aussi le droit d'aubaine, que le code Napoléon avait rétabli en un certain sens; mais elle répudia la fraternité des peuples, au nom de laquelle la Révolution avait proclamé qu'il n'y avait plus d'étrangers, et elle se fit gloire d'agir au nom de l'intérêt français. Qu'arriva-t-il? Le mobile de l'intérêt vicia ce qu'il y avait d'équitable dans la loi de 1819; au lieu de l'égalité du Français et de l'étranger que les législateurs de la révolution avaient l'ambition de réaliser, la Restauration voulut que l'intérêt français l'emportât sur le droit de l'étranger. Il n'est pas vrai de dire, comme on l'a fait, que les Français étaient lésés par les lois étrangères; on avait toujours appliqué, dans les successions mobilières, la loi du domicile, sans considérer à qui cette loi profitait, ni à qui elle nuisait; à vrai dire, ce n'est pas la loi qui est favorable à tels parents et défavorable aux autres, car la loi n'est que l'expression de la volonté du défunt, et celui qui dispose tacitement en faveur de tels parents de préférence à tels autres peut dire certainement à ceux de ses héritiers qui se plaindraient d'être lésés : « De quoi vous plaignez-vous? De ce que je lèse vos droits? De droits vous n'en avez point. Vous tenez tout de ma volonté et de mon affection. Ai-je un compte à vous rendre? Je pouvais ne rien vous donner, et je vous laisse une partie de mes biens. Contentez-vous de ce que vous avez. » Le législateur français aurait dû agir de même; mais au lieu de faire un pas dans la voie de la commu-

nauté de droit, il a reculé; il a créé un obstacle à la réalisation de l'idéal de notre science en érigeant l'intérêt en principe. Et les peuples ne sont que trop disposés à écouter ceux qui flattent leurs intérêts. Le législateur belge et le législateur hollandais ont suivi ce funeste exemple, alors qu'ils auraient dû s'inspirer de leurs traditions nationales; dans les Flandres et en Hollande, on admettait les étrangers à succéder, sans prélèvement aucun au profit des naturels : le prélèvement est une invention de l'intérêt français. Il doit disparaître de notre législation.

171. Je me suis associé à la critique que M. Bertauld fait du prélèvement tel qu'une jurisprudence unanime l'entend; il est inutile que je combatte l'interprétation qu'il propose, parce qu'elle est en opposition avec le texte comme avec l'esprit de la loi de 1819 (1) : c'est un de ces tours de force par lesquels les interprètes essayent de corriger les vices des lois en leur faisant dire le contraire de ce qu'elles disent. Il faut prendre la loi telle qu'elle est : dictée par l'intérêt français, elle doit nécessairement aboutir à des conséquences iniques et absurdes, quand on se place sur le terrain du droit, expression de la justice éternelle. J'ai cependant salué la loi de 1819 comme l'avénement du droit civil international. Cela n'est pas contradictoire; c'est la loi française qui est en contradiction avec elle-même. Elle abolit définitivement le droit d'aubaine en abrogeant les articles du code Napoléon qui l'avaient rétabli dans l'intérêt, non pas du fisc, mais des héritiers français; néanmoins le fisc aussi en profitait, s'il n'y avait pas d'héritiers français. Tel est le principe de la loi nouvelle; et à quoi tend la restriction que le législateur y ajoute? Elle est inspirée par le même intérêt français qui viciait le code Napoléon. Il est donc vrai de dire que le législateur est en contradiction avec lui-même. Toujours est-il que l'incapacité de l'étranger a disparu virtuellement de notre législation; l'étranger est déclaré capable de succéder, de disposer et de recevoir. Le plus

(1) Renault, dans le *Journal du droit international privé*, 1876, p. 16 et note 1.

considérable des droits dits civils devient un droit naturel; dès lors la distinction, qui joue un si grand rôle dans la tradition, entre les droits civils et ceux qui procèdent du droit des gens, n'a plus de raison d'être; elle disparaîtra du code Napoléon quand on le revisera. Dès maintenant l'étranger est l'égal du Français, les incapacités qui subsistent ont peu d'importance. Voilà le grand progrès réalisé par la loi de 1819; la contradiction dans laquelle le législateur est tombé disparaîtra, et alors rien ne s'opposera à ce que l'on proclame aussi l'égalité des lois étrangères et des lois françaises en réformant la doctrine traditionnelle des statuts.

J'ai dit que la loi belge du 27 avril 1865 a reproduit la loi de 1819; la loi néerlandaise du 7 avril 1869 en fit autant. Il est à remarquer que le projet présenté par le gouvernement aux Etats généraux n'ajoutait pas la restriction qui se trouve dans l'article 2 de la loi française et dans l'article 4 de la loi belge. Sur la proposition de M. Heemskerk, la seconde chambre ajouta ladite réserve avec quelques légères modifications, mais seulement à la majorité de 29 voix contre 25. Le ministre de la justice était d'avis que la restriction était de droit, et que partant il était inutile de l'écrire dans la loi. D'après ce que je viens de dire, c'est une erreur: une exception qui ne résulte pas du principe n'existe jamais de droit, et, dans l'espèce, l'exception, loin de découler de la règle, est en contradiction avec la règle. Les conservateurs hollandais étaient plus logiques, ils trouvaient que l'égalité pure et simple péchait par un excès de libéralisme. Tel n'est point l'avis de M. Asser, l'un des fondateurs de la *Revue de droit international*. Il aurait voulu que le prélèvement fût limité au cas où les Néerlandais sont exclus à l'étranger, à cause de leur nationalité, et il croit même qu'on devrait interpréter la loi en ce sens, ce qui me semble impossible d'après le texte de la loi hollandaise conçue dans des termes aussi généraux que la loi de 1819. M. Asser va plus loin, et je suis heureux de citer ses paroles : « Il vaudrait beaucoup mieux peut-être abandonner tout ce système qui, en matière de succession, fait primer, quand

il s'agit d'immeubles, le statut personnel par le statut réel. On adoptera peut-être un jour le principe du code italien qui veut que toute la succession soit régie par la loi du défunt, même pour ce qui concerne les immeubles. » M. Asser ajoute : « Mais, en attendant, nous n'en sommes pas encore là (1)! » Qui le sait? J'ai du moins eu l'honneur de le proposer dans l'avant-projet de révision du code civil.

Quand on voit l'Angleterre abandonner une tradition qui remonte au onzième siècle, il ne faut désespérer de rien. Jusqu'en 1870, les étrangers étaient incapables d'acquérir et de transmettre des immeubles, dans la Grande-Bretagne, soit par acte entre-vifs, soit par acte à cause de mort. Le statut de la reine Victoria le leur permet. C'est le germe d'une révolution : l'étranger est assimilé aux naturels anglais pour l'exercice du droit de propriété immobilière (2). Au dix-huitième siècle on croyait la chose impossible, parce que c'eût été bouleverser la propriété, et par conséquent le fondement de la société anglaise. En effet, la propriété a été jusqu'à nos jours une *tenure*, le roi est propriétaire de toutes les terres du royaume, comme seigneur suzerain. Ce droit date de Guillaume le Conquérant; et le statut de 1870 ne l'abroge pas, mais il le ruine dans sa base en permettant à l'étranger d'acquérir des immeubles et de les transmettre. C'est une révolution. Au dernier siècle, l'Angleterre refusa de faire un traité avec la France pour l'abolition du droit d'aubaine, la constitution de sa propriété s'y opposant. En 1870, un statut fait ce qui était considéré comme impossible. Tout ce qui est juste et vrai est possible, et la justice éternelle se réalisera dans les limites de l'imperfection humaine.

§ II. — *De la capacité de succéder* AB INTESTAT.

N° 1. — LE PRINCIPE.

172. Le code civil, au titre des *Successions*, a un cha-

(1) Asser, dans la *Revue de droit international*, t. Ier, p 630 et suiv.
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 43, nos 20-22.

pitre intitulé : *Des qualités requises pour succéder*. Quelles sont ces qualités? Les auteurs du code ont suivi sur ce point la doctrine de Domat : la capacité résulte de ce qu'il n'y a point d'incapacité. C'est dire que la capacité est la règle, et les incapacités l'exception. Cela suppose que le successible a la jouissance des droits civils ; or, dans le système traditionnel, l'étranger n'en jouissait point, il vivait libre en France, car pour vivre, il suffit de la capacité de contracter, laquelle procède du droit des gens, tandis que pour succéder et pour transmettre sa succession, il fallait avoir la jouissance des droits civils, et l'étranger ne l'avait point. Depuis la loi de 1819, l'étranger est assimilé au Français, on lui applique, par conséquent, le droit commun en ce qui concerne la capacité de succéder. Il est en principe capable. Reste à savoir par quelle loi sont régies les incapacités qui frappent le successible étranger?

Si l'on s'en tient à l'article 3, le seul que nous ayons en droit français sur les statuts, on est tenté de croire que la question est résolue par le texte du code. En effet, la loi admet implicitement le statut personnel de l'étranger en ce qui concerne son état et sa *capacité* ou son *incapacité*. Cependant la cour de cassation a décidé que les lois qui règlent la transmission héréditaire se rattachent indistinctement au statut réel, même celles qui édictent des *incapacités* de succéder. Il est vrai que, dans l'espèce, il s'agissait non d'une incapacité proprement dite, mais d'un statut en vertu duquel le frère exclut la sœur, ce qui concerne l'*ordre* des successions. Mais le conseiller rapporteur généralise le principe et déclare qu'en matière héréditaire la capacité est réglée par le statut réel (1). En réalité, la difficulté n'est point décidée par l'article 3 du code Napoléon, lequel ne parle pas même des successions; si l'on admet, malgré le silence de la loi, que le statut de succession est réel, c'est par induction de la règle de l'article 3 qui déclare réelles les lois concernant les immeubles, et

(1) Rejet, 31 mars 1874 (Sirey, 1874, 1, 346). J'ai cité le texte du rapport dans le t. II de ces Etudes, p. 222, n° 118.

on l'induit de ce texte en le mettant en rapport avec la tradition française, que les auteurs du code civil ont entendu maintenir. C'est donc à la tradition qu'il faut remonter. Malheureusement la tradition, en cette matière, est très douteuse. M. Guillemard, le rapporteur, cite d'Argentré, autorité très suspecte, puisqu'il professait un réalisme outré. J'ai opposé à ce témoignage celui de Bouhier, que l'on pourrait récuser pour une raison inverse, c'est qu'il donne trop à la personnalité. Peut-être faudrait-il dire que ni l'un ni l'autre, en parlant de la capacité ou de la qualité d'héritier, n'ont eu en vue la succession *ab intestat;* les incapacités, en cette matière, ont si peu d'importance, et sont d'une application si rare, que les auteurs qui écrivent sur le droit international privé s'en occupent à peine; bien moins encore d'Argentré y pouvait-il penser, ni même le président Bouhier, puisqu'ils n'ont pas fait de traité sur la matière. Quand les statutaires parlent de la capacité en termes généraux, ils pensent à la succession testamentaire, dans laquelle se présentent bien des questions controversées.

173. Le seul auteur moderne qui ait traité *ex professo* de la succession en droit international privé, M. Antoine, se prononce pour la personnalité du statut de capacité (1), mais son opinion n'est d'aucun poids, quand il s'agit d'interpréter le code français; car il suppose que le code admet le principe de la personnalité du statut héréditaire, ce qui est en opposition avec la tradition française. Si l'on rapporte le droit de succession au statut personnel, il va sans dire que la capacité de succéder dépend de ce statut. Tel est aussi le système de Fiore (2); en théorie, il a raison, et en fait le code italien consacre le principe du statut personnel dans toute la matière des successions. Je suis disposé à admettre le même principe en droit français. L'article 3 établit comme règle générale la personnalité du statut qui détermine la capacité; cette règle doit recevoir son application dans tous les cas où il s'agit d'une

(1) Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire en droit international privé*, p. 86, n° 74.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 520, n° 397.

capacité quelconque, à moins qu'il n'y ait une exception expresse ou virtuelle dans un texte. L'article 3, dans la disposition relative aux immeubles, n'établit certes pas une exception, car une loi de capacité n'a pas pour objet les immeubles. Quant à la tradition, que l'on doit toujours consulter quand il s'agit d'interpréter l'article 3, elle est tellement incertaine que l'on peut à peine affirmer qu'il y en ait une (n° 172). On reste donc sous l'empire de la règle. Cela est aussi fondé en raison. Si l'on admet, avec la cour de cassation, que la capacité de succéder est déterminée par le statut réel, il en résultera qu'il y aura deux statuts différents, l'un pour les successions immobilières, celui de la situation, et l'autre pour les successions mobilières, le statut personnel. La distinction entre les immeubles et les meubles est déjà absurde, quand il s'agit de déterminer le droit de succéder ; elle devient tout à fait irrationnelle, quand on l'applique à la capacité : conçoit-on que la même personne, dans l'exercice d'un seul et même droit, soit au même instant incapable tout ensemble et capable?

174. Reste à savoir quel est le statut personnel qui règle la capacité. Je laisse de côté la question de savoir si le statut personnel dépend du domicile ou de la nationalité, je l'ai examinée dans le cours de ces Etudes (1). Il y a une autre difficulté. Les successions, dans le système de la personnalité, sont régies par le statut personnel du défunt, parce que c'est sa volonté tacite qui transmet la succession, l'ordre des successions étant considéré comme le testament présumé du défunt. Faut-il appliquer le même principe au statut de capacité? M. Antoine décide la question affirmativement (2). Je ne saurais me ranger à cette opinion. Si, en principe, l'on répute personnel le statut des successions, c'est parce qu'on suppose que la succession *ab intestat* est le testament du défunt, c'est-à-dire l'expression de sa volonté; or la volonté de celui qui dispose tacitement ne peut porter que sur la disposition de ses biens, il n'a rien à vouloir dans tout ce qui dépend

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 185, n° 4.
(2) Antoine, *Des Successions en droit international privé*, p. 86, n° 74.

exclusivement de la loi, et telles sont les conditions de capacité, et par suite les incapacités ; celles-ci concernent le successible, et le législateur les établit, les modifie dans des vues d'intérêt général, et non d'après la volonté présumée de celui qui dispose de ses biens. Il faut donc distinguer : la disposition des biens, qui dépend de la volonté du défunt, dépend aussi de son statut personnel : la capacité du successible, qui est réglée par la loi, dépend du statut personnel de celui qui exerce un droit.

N° 2. LES INCAPACITÉS DE SUCCÉDER.

175. L'article 725 du code civil porte : « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1° celui qui n'est pas encore conçu ; 2° l'enfant qui n'est pas né viable. » Sur le principe formulé par l'article 725, il ne saurait y avoir un conflit ; il est de droit commun. Pour exercer un droit quelconque, il faut exister au moment où ce droit s'ouvre ; le non-être ne peut avoir ni exercer aucun droit. Le code civil ajoute qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant soit déjà né, pour pouvoir succéder ; il suffit que l'enfant soit conçu ; dès que l'enfant est conçu, il existe, et, partant, il peut être appelé à une succession ; c'est encore un principe de droit commun. S'il y avait une loi qui exigeât la naissance, et qui rejetât le principe romain de la conception, ce défaut de capacité formerait un statut personnel qui empêcherait l'enfant de succéder même à l'étranger.

Le code civil ne se contente pas de la conception, il exige que l'enfant naisse viable. Celui qui ne naît pas viable est censé ne pas vivre, puisqu'il n'est pas destiné à vivre : de sorte que de deux enfants qui meurent peu de temps après leur naissance, celui qui est né viable succédera, tandis que celui qui n'est pas né viable ne succédera pas. Cette théorie est très contestable. Domat la rejetait et Savigny ne l'admet point (1). Ce n'est donc pas une règle

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 632 et 646, n° 536 et 546.

de droit commun; par suite le conflit est possible : la loi personnelle de l'enfant décidera s'il est habile à succéder.

On voit, par cette première et essentielle condition requise par le code civil, que la doctrine consacrée par la cour de cassation en matière d'incapacité est contraire au principe même sur lequel se fonde la réalité. Pour justifier la réalité des incapacités de succéder, on invoque l'article 3 et la tradition; la tradition doit être écartée en ce qui concerne la viabilité, puisque Domat ne l'admettait point comme condition de capacité; en tout cas, ne pourrait-on l'admettre que pour les successions immobilières, puisque la tradition constante rapportait les successions mobilières au statut personnel. Si la viabilité forme un statut réel, on aboutira à cette conséquence, absurde au dernier degré, que l'enfant étranger non viable succédera, en France, aux meubles si, d'après son statut personnel, la vie seule suffit pour succéder, et il sera exclu des immeubles; ainsi un enfant qui, d'après son statut personnel, est censé n'avoir point existé succédera et ne succédera pas; il sera tout ensemble et au même instant réputé un être capable de droit, et un non-être incapable de tout droit. C'est bien pour échapper à ces conséquences absurdes de la réalité que la doctrine, depuis les glossateurs, a admis que le statut personnel suit la personne partout, et dans aucune matière la contradiction ne serait plus choquante : la raison ne conçoit pas l'être et le non-être coexistant, l'un exclut nécessairement l'autre; et le droit ferait bien de ne pas se mettre en opposition avec la raison.

176. Du principe que, pour succéder, il faut exister au moment de l'ouverture de la succession, le code civil induit, en troisième lieu, que celui qui est mort civilement est incapable de succéder (art. 725). La mort civile forme-t-elle un statut personnel ou un statut réel? Il y a doute et controverse. Considérée comme une cause d'incapacité de succéder, la mort civile est certainement un statut personnel. On n'en doutait pas dans l'ancien droit: ce qui prouve que la tradition admettait la personnalité pour les incapacités de succéder comme pour les incapa-

cités en général. Ecoutons Boullenois : « A l'égard des statuts qui prononcent une mort civile pour crimes ou une note d'infamie, l'état de ces misérables se porte partout, indépendamment de tout domicile; et cela par un concert et un concours général des nations, ces sortes de peines étant une tache, une plaie incurable, dont le condamné est affligé et qui l'accompagne en tous lieux. » Boullenois cite le témoignagne de d'Argentré, ce qui est considérable, puisque le jurisconsulte breton est le chef de l'école des réalistes. D'Argentré s'exprime dans les termes les plus absolus : Celui qui a encouru la mort civile est réellement mort aux yeux de la loi, il n'est plus capable d'aucun droit, il ne peut contracter, ni acquérir, ni recevoir un legs, ni recueillir une succession, ni disposer de ses biens; et vainement changerait-il de domicile, l'incapacité dont il est frappé le suit dans le monde entier (1).

Chose remarquable, au dix-huitième siècle, cette théorie sévère trouva des contradicteurs. Bouhier, quoique grand partisan de la personnalité en matière de statuts, dit qu'il y aurait une distinction très judicieuse à faire entre une condamnation pour un délit qui, de droit commun, est réputé infamant, et celle qui est prononcée pour un délit qui n'est infamant que par quelque loi particulière d'un Etat, comme dans quelques villes d'Italie, où l'exil, pour des causes purement politiques, emportait infamie. Elle emportait plus qu'infamie; j'ai dit un mot, en passant, de l'horrible législation des bannis mis hors la loi, sans droit, pas même à la vie. Les excès auxquels conduisait la fureur des partis dans les cités italiennes étaient provoqués ailleurs par les passions religieuses. Les légistes admettaient aussi que les excommunications suivaient les excommuniés dans tous les lieux du monde. Bouhier réclame. « Je trouve, dit-il, qu'en la coutume de Hainaut, un excommunié qui ne s'est pas fait relever de la censure dans l'an et jour est regardé comme un infâme, sans distinction des causes d'excommunication. Dira-t-on qu'il sera considéré comme tel partout ailleurs? Je ne pense

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 64.

pas que cela puisse entrer dans la pensée de qui que ce soit, car, comme l'observe très bien Brodeau, telle action serait considérée ailleurs comme criminelle qui, en France, serait réputée comme une action de vertu et de générosité. Je conclus donc que la distinction ci-dessus proposée est très légitime et qu'on doit s'y tenir sans difficulté (1). »

Les légistes du conseil d'Etat trouvaient très juste et très naturel qu'un homme vivant fût considéré comme mort aux yeux de la loi. Vainement le Tribunat protesta contre cette affreuse conception, qu'un homme plein de vie soit réputé mort et, par suite, incapable des droits civils, notamment incapable de succéder; la routine de la tradition l'emporta (2). Il fallut de nouvelles révolutions pour effacer cette tache qui souillait le code civil. De là la question de savoir si la mort civile, maintenue par les lois étrangères, aura effet en France et en Belgique à titre de loi personnelle. Pour ce qui regarde la Belgique, la solution n'est pas douteuse. Ce n'est pas une loi ordinaire qui a aboli la mort civile, c'est la Constitution; et l'article qui l'abolit, en ajoutant qu'elle ne peut être rétablie, est placé dans le titre qui traite des *droits des Belges* (art. 13), que la Constitution de 1791 qualifiait de *droits de l'homme*, pour marquer que l'homme en jouit, par cela seul qu'il est homme; c'est donc une des bases de notre ordre politique; partant, aucune loi étrangère ne peut être invoquée contre la disposition de l'article 13 : la loi territoriale domine en cette matière le statut personnel, parce que cette loi est une de celles sur lesquelles repose la société, sa conservation et son perfectionnement. La jurisprudence de nos cours est en ce sens, et cela n'est point douteux (3).

177. En France, la question est controversée. M. Demangeat soutient avec beaucoup de force que l'étranger frappé de mort civile dans son pays est affecté en France de l'incapacité que sa loi personnelle attache à cet état.

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap XXIV, nos 133-138.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 506, nos 401-403.
(3) Voyez le tome IV de ces Etudes, no 333.

Il n'admet pas même la distinction, que peut-être il ignorait, proposée par Bouhier; quoique la mort civile soit encourue par une condamnation politique, l'incapacité suivra toujours l'étranger en France, pourvu que le jugement ait été prononcé par un véritable tribunal (1). Demangeat reste sur le terrain du statut personnel; il est certain que l'incapacité, quelle qu'elle soit, forme un statut personnel, de même que la capacité. Là n'est point la difficulté; il s'agit de savoir si le statut personnel est dominé par le statut territorial, dans les cas où celui-ci concerne les droits de la société; or, cela n'est pas douteux, tout le monde est d'accord que la loi étrangère qui autorise la polygamie est dominée par la loi territoriale qui la prohibe. Les bonnes mœurs, dans ce cas, l'emportent sur le statut étranger. Est-ce que la liberté et le droit inaliénable qu'elle confère à l'homme n'est pas un principe aussi essentiel de nos sociétés que la moralité? Or, la mort civile viole le droit le plus essentiel de l'homme, le droit à la vie, car ce n'est plus vivre que d'être un cadavre vivant. Peu importe qu'en France l'abolition de la mort civile ne soit pas inscrite dans la constitution, cela n'empêche pas que l'on détruit l'individualité humaine en dépouillant l'homme des droits sans lesquels la vie est impossible. C'est l'opinion de M. Brocher; il dit très bien que la mort civile est une barbarie que la logique, la justice et la morale condamnent également; il ajoute : « Les Etats qui l'ont abrogée comme telle ne pourraient être tenus de l'accepter des mains d'une législature étrangère : une telle concession serait contraire aux règles auxquelles ces Etats ont un devoir de se conformer. Ce sont là des principes sur lesquels on ne saurait transiger (2). » Tout en applaudissant à ces sentiments, je me permettrai de dire qu'il faut plus de précision et de rigueur dans notre science; on compromet les bonnes causes par les raisons plus ou moins faibles que l'on donne pour les appuyer. Les vagues paroles que M. Brocher emploie pour faire

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 375 et 376

(2) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 102 et suiv.

de la mort civile un statut réel pourraient, en un sens contraire, conduire à la considérer comme un statut personnel. C'est ce qu'a fait M. Antoine; contrairement à l'opinion de Fiore, il enseigne que le statut est personnel, parce qu'il ne voit rien là qui porte atteinte au droit public des pays où la mort civile n'est point admise, rien qui puisse affecter directement les mœurs publiques (1). Ce sont des affirmations, dans un sens ou dans l'autre; et les légistes ne devraient jamais oublier qu'affirmer n'est pas prouver.

Les Anglais ont un sentiment plus vif de la liberté. Blackstone déjà remarque que les cours anglaises ne tiennent aucun compte de la mort civile qui serait prononcée par des juges étrangers; et les auteurs modernes sont unanimes à reconnaître que la mort civile est limitée au territoire dont le législateur la prononce, ou permet au juge de la prononcer (2). Il faut ajouter que, dans le droit anglais, la question avait peu d'importance en matière de succession, puisque, jusqu'à nos jours, l'étranger ne pouvait acquérir d'aucune façon un immeuble situé en Angleterre; mais la difficulté pouvait se présenter dans les successions mobilières auxquelles l'étranger était admis. C'était également une étrange anomalie : la même personne avait un sang héritable pour les meubles et n'avait pas de sang héritable pour les immeubles : est-ce que l'homme a par hasard deux sangs dans ses veines? Le droit traditionnel est un tissu de contradictions et d'absurdités.

178. Il y a une autre mort civile, celle qui résulte, dans les pays catholiques, de l'entrée en religion. Dans l'ancien droit, on n'hésitait pas à la considérer comme un état universel attaché à la personne du moine et le suivant partout. « Nous reconnaissons en France, dit Boullenois, une mort civile qui, loin d'être injurieuse et infamante, est, au contraire, pieuse et honorable, c'est celle que donne la profession en religion. Parmi nous, les reli-

(1) Antoine, *De la Succession en droit international privé*, p. 86.
(2) Blackstone, *Commentaries*, t. 1er, p. 132, suiv. Story, *Conflict of laws*, p. 767, nos 620 et 621. Wharton, *Conflict of laws*, p. 96, § 106.

gieux ne succèdent pas. » Boullenois pose ensuite la question suivante : » Un homme est religieux dans un pays où il est mort civilement. Pourra-t-il succéder dans un pays qui ne reconnaît pas une pareille mort civile? Si cette mort civile, répond le légiste français, est un état personnel, cet homme, mort civilement dans le lieu de son domicile, est mort partout, et ne peut, par conséquent, succéder, parce qu'il ne saurait acquérir en quelque endroit que ce soit. » Tous les statutaires étaient de cet avis. Boullenois ajoute une raison religieuse que je recommande aux apologistes modernes des corporations illégales qui pullulent en France et en Belgique : « Le moine cesse d'avoir aucune agnation dans ce monde : elle est réservée pour le Ciel. » Cela est très sérieux. Les moines avaient l'ambition de pratiquer la perfection évangélique, telle que l'entendaient les premiers disciples du Christ; ils ne vivaient plus de la vie de ce monde, citoyens de la Jérusalem céleste, ils attendaient que Jésus-Christ vînt inaugurer sur cette terre le royaume des cieux. Nos catholiques modernes ne savent même pas de quel esprit ils procèdent.

Boullenois pose encore une autre question. Un homme est religieux dans un pays où les religieux succèdent. Par une singulière anomalie, la France et la Belgique pullulent de moines qui font vœu de pauvreté et qui, néanmoins, succèdent : morts au monde, ils ressuscitent quand il s'agit de recueillir des biens auxquels ils ont cependant solennellement renoncé. Une succession s'ouvre dans un pays où les religieux ne succèdent pas. Le moine succédera-t-il? Il semblerait, dit Boullenois, par la raison des contraires, qu'il devrait succéder parce qu'il porte son état personnel et sa capacité partout. Cependant il estime que ce religieux est exclu, parce que le droit de succéder est tout réel et se règle par la loi de la situation (1).

Voilà une nouvelle anomalie. Boullenois vient de nous dire (n° 176) que le statut de la mort civile est personnel,

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 65 et 66.

et d'Argentré a expliqué ce que cela signifie : celui qui est mort civilement ne peut succéder, n'importe où, dans le monde entier, sans restriction aucune. Pourquoi la mort civile forme-t-elle un statut personnel quand elle est encourue par un jugement, tandis que le monachisme est tantôt un statut personnel, et tantôt un statut réel, ce qui aboutit à déclarer les religieux incapables dans toute hypothèse? Est-ce parce que la perfection évangélique à laquelle les moines aspirent est toujours un état personnel, qui ne permet pas de les admettre à une succession? Il n'y a pas de réponse à ces questions.

La solution est très simple quand on s'en tient aux principes. Tout statut de capacité ou d'incapacité est personnel. Mais le statut personnel rencontre parfois un statut territorial qui le tient en échec, qui le domine. Là est la difficulté qui se présente à chaque pas dans notre science. Voyons comment elle a été résolue par les interprètes modernes.

179. Merlin applique sans hésiter le statut personnel du moine étranger qui ne lui permet point de succéder en France : « Le religieux étranger qui est constitué, par la loi de son pays, en état de mort civile, ne pourrait pas recueillir en France une succession qui y serait ouverte à son profit, quand même il réunirait, abstraction faite de ses vœux solennels, toutes les conditions nécessaires pour y succéder. Et c'est ce qu'ont décidé solennellement deux arrêts de la cour de cassation : le premier du 24 août 1808, le second du 1er février 1813 (1). »

Merlin et la cour de cassation se placent exclusivement au point de vue du statut personnel. Il est certain que l'incapacité qui frappe les religieux étrangers forme un statut personnel, et que cette incapacité les suit en France. Mais ne rencontre-t-elle pas en France un statut territorial qui domine le statut personnel? La loi française n'admet plus le vœu de pauvreté ; il n'y a plus de moines morts civilement aux yeux de la loi civile ; ceux qui sont

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 6 (t. XVIII, p. 435, édition de Bruxelles). Voyez la jurisprudence dans Guichard, *Traité des droits civils*, p. 206, nos 208 et 209.

moines en vertu de la loi religieuse sont citoyens en vertu de la loi laïque. Si le code Napoléon ne connaît plus de moines français, peut-il encore reconnaître la qualité de moine, avec la conséquence de la mort civile, à des religieux étrangers? Il y a deux objections, décisives, à mon avis, contre la doctrine de Merlin. D'abord la mort civile est abolie en France comme contraire aux droits de la nature. L'homme tient de Dieu sa vie, et, partant, les droits qui y sont attachés, et aucune puissance humaine ne peut l'en dépouiller. Si cela est vrai de la mort civile, encourue par une condamnation pénale, cela est vrai aussi de la mort civile des moines; celle-ci est une abdication volontaire des droits qui découlent de la nature humaine; or, l'homme ne peut pas abdiquer ses droits naturels pas plus qu'il ne peut consentir à être esclave. Il n'y a plus d'esclaves volontaires, donc il ne peut y avoir de moines volontaires. C'est une superstition du passé qui ne peut plus avoir d'effets civils sous l'empire d'une législation qui réprouve les vœux sur lesquels est fondée cette servitude volontaire.

Ce qui est vrai d'après la législation française doit être admis à plus forte raison en Belgique; notre Constitution sépare l'ordre religieux de l'ordre civil; il n'y a plus de prêtres aux yeux de la loi, bien moins encore y a-t-il des moines, c'est-à-dire des cadavres vivants. L'abolition de la mort civile est une disposition constitutionnelle, il ne peut pas plus y avoir de personnes mortes civilement en vertu d'une superstition catholique, qu'il n'y en a en vertu d'un jugement étranger; car notre Constitution ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. On concevrait, à la rigueur, que les lois étrangères qui établissent la mort civile fussent respectées en Belgique, car les lois sont une émanation de la souveraineté nationale, et la courtoisie, sinon le droit, peut engager le législateur de chaque pays à donner effet aux jugements rendus dans un pays étranger. Mais la servitude volontaire du moine est l'effet de la folie, et je ne vois pas à quel titre la loi devrait respecter la folie et ses œuvres.

180. Cependant l'opinion que je combats est soutenue par un jurisconsulte célèbre. Savigny enseigne, bien qu'en termes un peu dubitatifs, que l'incapacité des moines étrangers de recueillir une hérédité dans un pays où cette incapacité n'existe point, est un statut personnel (1). On conçoit le doute : le pays où le moine se présente est la Prusse, Etat protestant qui ne connaît pas le monachisme et qui doit le considérer comme une aberration et une caricature de la perfection évangélique. Un Etat qui se dit chrétien peut-il accorder un effet quelconque à des vœux qu'il réprouve? Le motif qui a décidé Savigny est que l'incapacité qui frappe les religieux est une incapacité ordinaire, et résultant de la volonté libre de ceux qui l'encourent. Est-il bien vrai qu'il y a liberté chez le moine qui prononce les vœux de pauvreté, d'obéissance et de chasteté, trois vœux contre nature : l'obéissance qui le réduit à l'état de bâton ou de cadavre : la pauvreté qui viole la loi imposée à l'homme de travailler et de compléter sa personnalité et son individualité par la propriété : la virginité qui lui fait repousser le mariage comme un état imparfait, alors que l'union des époux est, dans les desseins de Dieu, un moyen de perfectionnement? S'il y a volonté, elle est viciée dans son essence, en ce sens qu'elle est aveuglée par l'ignorance et la superstition que l'on inocule aux enfants. Est-ce que l'Etat peut protéger d'une manière quelconque le monachisme, qui est en opposition avec la mission qu'il a d'aider les hommes à se perfectionner? Et n'est-ce pas le protéger que de lui donner un effet civil? Non, il ne s'agit pas ici d'une incapacité ordinaire, celle-là a un fondement rationnel, tandis que le monachisme est en tout contraire à la raison, et il faut ajouter à la moralité, car la prétendue pureté des anges aboutit en fait à l'impureté des démons. Que sera-ce si l'on considère le but du monachisme dans les sociétés modernes? Il ne s'agit plus d'hommes qui recherchent la solitude et qui y travaillent, à leur guise, à leur salut;

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 161, note *a*, § 365. Comparez, dans le même sens, Rocco. *Dell' uso e autorita delle leggi delle due Sicilie*, p. 415 et suiv.

tous les ordres sont devenus enseignants, et qu'est-ce que l'enseignement dans les mains des moines, comme de l'Eglise en général? L'Allemagne doit le savoir, puisqu'elle a chassé les jésuites; seulement elle paraît encore ignorer que tous les ordres se valent, et qu'en fait d'enseignement, le clergé régulier est aussi funeste que le clergé séculier. Bref, le monachisme est la lèpre des sociétés modernes; au lieu de le reconnaître, il faudrait l'extirper. Il n'y a qu'une considération qui m'arrête; c'est qu'en déclarant les moines étrangers capables d'acquérir, malgré leur vœu de pauvreté, on favorise en réalité le monachisme : que deviennent, en effet, les biens que le moine viendra recueillir? Son vœu de pauvreté ne lui permettant point de les posséder, il les transmettra régulièrement à son couvent; ainsi, pour donner satisfaction à un scrupule de droit, la loi aboutit à favoriser ce qu'elle réprouve: l'accumulation des biens dans les mains des corporations religieuses. Mais cette considération s'adresse au législateur. A mon avis, il devrait déclarer tout moine incapable de succéder, parce que le droit de succéder ne peut appartenir qu'à ceux qui veulent devenir propriétaires; la succession étant un mode d'acquérir la propriété ne peut pas appartenir à ceux qui ne veulent et ne peuvent pas être propriétaires.

Les légistes anglo-américains décident que les moines étrangers sont habiles à succéder là où l'incapacité résultant de la profession religieuse n'existe point, comme en Angleterre et aux Etats-Unis (1). Je me plais à croire que c'est le sentiment de la liberté qui inspire les jurisconsultes qui vivent dans des pays libres. Au moyen âge, il y avait une servitude volontaire : est-ce qu'aujourd'hui on reconnaîtrait les effets civils à cette abdication de la liberté faite au profit d'un couvent? Non certes. Eh bien, la mort civile à laquelle les religieux se soumettent n'est autre chose qu'une servitude volontaire.

181. L'incapacité des moines donne encore lieu à une

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 96, § 106. Story, *Conflict of laws*, p. 95, n° 92, et p. 140, § 104.

autre question. Des Françaises font profession dans un pays étranger, et y encourent, par conséquent, la mort civile, conformément à la loi territoriale. Pourront-elles succéder en France? On suppose qu'elles conservent leur nationalité et, par conséquent, le statut français; dans cette supposition, il faut décider avec la cour de cassation de France que les religieuses sont habiles à succéder (1); en effet, leur statut ne reconnaît pas les vœux qui leur font encourir la mort civile à l'étranger; ces vœux n'ont plus aucun effet d'après la loi française : ce qui est décisif, les Français étant régis en pays étranger par la loi française en tout ce qui concerne leur état et leur capacité. Mais est-il vrai que les religieux conservent leur nationalité? Celui qui est mort n'a plus de patrie, sinon il faudrait décider, là où le monachisme est reconnu par la loi, que les moines peuvent exercer leurs droits politiques, alors qu'ils sont incapables d'exercer leurs droits civils. Donc, entrer en religion dans un pays qui donne un effet civil à la profession religieuse, c'est abdiquer sa patrie; en effet, les religieux se disent citoyens de la Jérusalem céleste, et l'on ne peut pas avoir deux patries. Le monachisme est tellement contraire à nos sentiments et à nos idées, que cette décision ressemble à une mauvaise plaisanterie; mais quand il est question du monachisme reconnu par la loi, il faut bien le prendre au sérieux, et, par conséquent, l'admettre avec son prétendu idéal; ceux qui sont morts au monde ne peuvent plus avoir de patrie, donc pas de statut; ce qui aboutit à les déclarer incapables de tout droit. Telle devrait aussi être la théorie légale, même dans les pays où les vœux ne sont plus reconnus; puisqu'on les prononce au mépris de la loi, la loi a le droit d'en tenir compte, comme elle tient compte d'un délit.

182. Les erreurs religieuses se dissipent avec les progrès de l'instruction; voilà pourquoi l'Eglise catholique cultive l'ignorance avec tant de sollicitude. Il n'est donc pas impossible que les lois sur l'hérésie soient encore

1) Rejet. 26 février 1873 (Dalloz. 1873, 1, 208).

en vigueur dans quelque pays orthodoxe. Que dis-je? l'orthodoxie luthérienne est aussi intolérante que l'orthodoxie romaine. D'après le code suédois, les luthériens qui abjurent leur foi sont frappés d'incapacité civile comme dans les pays catholiques. On demande si cette incapacité forme un statut personnel qui suit la personne dans les pays où l'on ne connaît plus le crime d'hérésie, ni celui d'apostasie. Ce n'est pas sans surprise que j'ai lu dans un ouvrage récent que l'incapacité pour cause d'hérésie ou d'abjuration de la religion reconnue dans un pays comme religion nationale, est un statut personnel aussi bien que celui de mort civile, et, par conséquent, l'hérétique et l'apostat ne seraient pas admis à succéder en France. L'auteur proteste qu'il est aussi attaché que n'importe qui au principe de la liberté en matière religieuse (1). Quelle idée se fait-il donc de la liberté? N'est-elle pas le principe vital de notre ordre politique? Et le statut personnel d'une incapacité religieuse qui viole la liberté religieuse pourrait être invoqué en France au mépris de la liberté! N'est-ce pas une règle universellement reconnue que le statut personnel est dominé par le statut territorial quand celui-ci est une loi de droit public? Il faut cependant entendre M. Antoine. Le statut personnel, d'après lui, en matière de succession, est celui du défunt; or, le défunt, en ne testant pas, a voulu que sa succession fût déférée d'après sa loi nationale, et cette loi exclut l'hérétique et l'apostat; donc, appeler à sa succession l'hérétique et l'apostat, ce serait violer arbitrairement la volonté présumée du défunt. L'auteur oublie qu'il s'agit d'une question de droit civil *international*, et que, par conséquent, il faut voir ce que le défunt est présumé vouloir, non pas dans son pays, mais en France, là où le successible hérétique ou apostat se présente pour recueillir une hérédité : or, il ne peut pas vouloir qu'il y ait une incapacité pour cause d'hérésie ou d'apostasie dans un pays dont les lois proclament le droit de l'hérétique et de l'apostat; pour mieux dire où le législateur ne connaît plus ni hérétiques

(1) Antoine, *De la Succession en droit international privé*, p. 86, n° 74.

ni apostats, et où cette réprobation de l'intolérance orthodoxe est un des principes fondamentaux de l'ordre social. L'auteur que je combats insiste et dit que si l'on admettait l'hérétique et l'apostat à succéder en France, le législateur français se ferait, sans motif plausible, le réformateur de législations qui régissent des individus non soumis à sa souveraineté, et, dans cette voie, où s'arrêterait-on? Ce que l'auteur appelle réformer les législations étrangères, est tout simplement constater le conflit qui existe entre les lois de divers pays; dans ce conflit, quelle est la loi qui doit prévaloir? Quand il s'agit de l'état et de la capacité de l'étranger, on appliquera régulièrement son statut personnel, c'est-à-dire sa loi nationale; mais cette règle reçoit exception quand le statut personnel de l'étranger est en opposition avec une loi de droit public du pays; dans ce cas, la loi territoriale prime le statut personnel; or, s'il y a une loi qui tienne au droit public, c'est bien celle qui établit la liberté religieuse; maintenir la liberté en face d'une loi étrangère qui la viole, ce n'est pas réformer la législation d'un pays souverain, c'est maintenir sa propre souveraineté, ce qui est plus qu'un droit, c'est un devoir.

Telle est aussi l'opinion de Savigny; il la fonde sur le caractère *immoral* de la législation qui considère l'hérésie comme un crime (1). Je ne sais si le terme est bien choisi; la loi qui punit l'hérésie crée un crime imaginaire; le prétendu crime est un droit inaliénable que l'homme tient de Dieu; ce droit est aussi un devoir, car notre devoir est de nous former des convictions, et de vivre conformément à ces convictions. C'est donc la liberté de l'homme qui est violée; directement cela n'a rien de commun avec les bonnes mœurs; indirectement la loi qui punit l'hérésie pousse à l'immoralité, en ce sens que les hommes faibles transigent avec leur conscience et deviennent hypocrites, et l'hypocrisie est la lèpre de l'âme.

183. Le code Napoléon déclare certaines personnes

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 161, n° 2, § 365. Comparez Story, *Conflict of laws*, p. 767, n°s 620 et 621.

indignes de succéder, ce sont les successibles qui, par leurs actes, ont prouvé que, loin d'avoir de l'affection pour leur parent décédé, ils étaient animés de haine ou au moins indifférents; or, la succession *ab intestat* est fondée sur l'affection qui règne généralement entre parents : donc on doit écarter comme indignes ceux qui se sont rendus coupables envers le défunt d'un crime ou d'un délit. On n'hérite pas de celui que l'on assassine, dit Corneille. En conséquence, le code civil exclut : 1° celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt; 2° celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse; 3° l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice (art. 727).

Le statut de l'indignité est-il personnel ou réel? D'après les principes du droit français, on doit décider que le statut est personnel. Le code Napoléon met l'indignité sur la même ligne que l'incapacité, en ce sens que, dans l'un et l'autre cas, le successible n'a point les qualités requises pour succéder. Or, la qualité d'héritier a toujours été considérée comme un statut personnel. Telle est aussi l'opinion des auteurs qui disent un mot de la question (1). De jurisprudence, il n'y en a point; les cas d'indignité sont heureusement des faits très rares.

Il y a cependant une objection. Les deux premières causes d'indignité résultent d'une condamnation pénale. Et, en principe, les jugements n'ont aucun effet à l'étranger, pas même les jugements civils; et ceux qui prononcent une peine en ont encore moins, puisqu'ils ne peuvent pas être déclarés exécutoires, la justice ne punit pas les étrangers pour des crimes commis en pays étranger. Aussi les légistes anglo-américains sont-ils unanimes à décider que les incapacités encourues par des sentences criminelles n'ont aucun effet hors du territoire où elles ont été rendues (2). En ce qui concerne l'indignité, il y a une réponse péremptoire à l'objection, c'est qu'elle est prononcée par

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 49. Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 91, n° 26.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 767, nos 620 et 621.

la loi et non par le juge. L'héritier a prouvé par ses actes qu'il est indigne de succéder (1). Le jugement ne fait que constater le défaut d'affection; quoique rendu à l'étranger, il peut être allégué comme une preuve authentique. Et dès que la cause de l'indignité est prouvée, l'héritier doit être exclu partout; ce serait une chose immorale que d'appeler à la succession de son père l'enfant parricide. Par leur nature, les causes d'indignité constituent une incapacité universelle; il serait absurde, et, dans l'espèce, odieux de dire que l'indignité dépend de la situation des biens.

Il peut résulter des anomalies de l'application du principe. Les causes d'indignité ne sont pas partout les mêmes. Un étranger appelé à succéder en France, d'après la loi française, est indigne d'après le code Napoléon; il ne l'est pas d'après sa loi personnelle. Succédera-t-il? Oui, si l'on admet le principe que l'indignité dépend du statut personnel. « N'est-ce pas là, dit M. Bertauld, porter atteinte au principe de l'unité de la loi de succession? Comment appliquer tout à la fois la loi française et la loi étrangère (2)? » L'anomalie résulte du droit traditionnel en matière de succession. Le droit de succéder forme un statut réel; voilà pourquoi la succession est régie par la loi française pour les immeubles situés en France. Mais la capacité requise pour succéder est une dépendance du statut personnel; or, les statuts personnels impliquent précisément un conflit entre la loi du lieu où on l'invoque et la loi nationale de celui qui se prévaut de son statut; dans ce conflit, la loi étrangère l'emporte, à moins que la loi territoriale ne soit de droit public. Si l'on admet, avec la cour de cassation de France, que la capacité en matière de succession dépend aussi du statut réel, il va sans dire que l'étranger, quoique capable d'après sa loi nationale, ne pourra pas succéder en France s'il est indigne d'après la loi française (3).

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 6, 18 et 22.
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 91, nos 25 et 26.
(3) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 222, n° 118.

§ III. *De la capacité dans les successions testamentaires.*

N° 1. DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER.

I. *Le principe.*

184. La capacité de disposer joue un grand rôle dans la succession testamentaire; c'est l'homme qui teste, et il doit naturellement avoir la capacité requise par la loi qui lui permet de disposer de ses biens pour cause de mort. Tandis que, dans la succession *ab intestat*, c'est la loi qui transmet les biens du défunt à ceux qu'elle appelle à lui succéder; il est vrai que cette succession est considérée comme le testament du défunt; mais cela ne veut pas dire que c'est la volonté du défunt qui transmet les biens, cela signifie seulement que le défunt aurait pu disposer autrement que la loi le fait; du reste, la transmission se fait en vertu de la loi, sans aucun acte de volonté de celui qui meurt *ab intestat*. Voilà pourquoi la loi ne parle pas des qualités requises pour transmettre une succession *ab intestat*. Tant que régnait le droit d'aubaine, l'étranger était incapable de transmettre ses biens par succession *ab intestat*, comme il était incapable de recueillir les biens de ses parents auxquels les liens du sang l'appelaient à succéder; cette incapacité n'existe plus, le code civil ne la reproduisait pas, il frappait seulement les étrangers d'une incapacité de succéder (art. 726); les lois nouvelles portées en France et en Belgique ont aboli l'article 726, de sorte qu'il n'y a plus aucune incapacité de transmettre sa succession, ni aucune qualité requise pour la transmettre.

La transmission des biens par testament implique une manifestation de volonté; de là l'expression d'*actes de dernière volonté*. Or, dès que la volonté de l'homme joue un rôle dans un acte juridique, la loi doit intervenir pour veiller à ce que l'acte soit l'expression de la volonté libre et éclairée de celui qui y figure comme partie. Dans les

testaments, il y a une raison de plus pour que le législateur se montre sévère tout ensemble et prévoyant, sévère par sollicitude, pour protéger le testateur contre sa faiblesse, ses passions et aussi contre les obsessions et les captations qui assiégent le lit des mourants. La loi a sinon donné le droit de tester, du moins elle l'a sanctionné, par respect pour le droit de propriété; celui qui est maître de donner ses biens entre-vifs doit aussi avoir le pouvoir d'en disposer à cause de mort, sinon le mobile le plus puissant qui l'excite au travail disparaîtrait; or, il importe à l'Etat, au perfectionnement des individus et de la société que l'homme travaille à acquérir des biens et à s'enrichir, car en s'enrichissant, il enrichit la société, et la richesse publique est un instrument nécessaire du progrès social. Mais aussi, en permettant à l'homme de tester, la loi entend que ce droit soit exercé avec intelligence et dans un but équitable. La succession *ab intestat* répond généralement aux vues raisonnables du défunt; toutefois il peut se faire que, dans des cas particuliers, la règle générale doive souffrir une exception; c'est pour ces circonstances exceptionnelles que le législateur permet au testateur de corriger la loi, qui ne peut pas prévoir les cas individuels. Hors de là, il ne faut pas que le testateur ait la prétention d'être plus sage que la loi, ce qui aboutit régulièrement à substituer à une volonté raisonnable une volonté déréglée, viciée par l'inintelligence ou par la passion. Le législateur cherche à prévenir ces écarts en déterminant des conditions de capacité.

185. Les motifs pour lesquels la loi établit des incapacités de disposer font connaître la nature du statut. En théorie, il n'y a aucun doute, le statut est personnel, puisque la loi a pour objet unique de veiller à ce que le testament soit l'expression vraie et raisonnable de la volonté du testateur; et ce que je dis du testament s'applique à la donation, puisque ce sont là les deux modes de disposer à titre gratuit admis par le code civil. La donation aussi bien que le testament font sortir les biens du patrimoine du disposant et diminuent par conséquent ou absorbent la succession. Je dis qu'il n'y a aucun doute sur la

nature du statut; il n'a rien de réel, puisqu'il n'a pas pour objet direct les biens. La capacité du disposant est réglée, comme toute capacité, d'après l'état moral, intellectuel, politique du pays auquel appartient le donateur ou le testateur, elle n'a rien de commun avec le territoire où les biens sont situés. Le législateur national peut seul déterminer les conditions de capacité qui assurent la disposition rationnelle et équitable des biens. Le législateur territorial ne connaît que ses sujets, il ne connaît pas les étrangers qui possèdent des biens sur son territoire; il peut, à la vérité, les assujettir à ses lois, quand les droits de la société dont il est l'organe sont en cause; mais quand il s'agit des qualités personnelles des propriétaires étrangers, il est sans capacité ni mission. Exiger de l'étranger qui dispose des biens qu'il possède dans un territoire étranger la capacité que doivent avoir les naturels du pays, c'est les soumettre à des lois qui n'ont pas été faites pour lui et qui pourraient manquer le but pour lequel le législateur établit des incapacités de disposer. Il en résulterait encore une autre conséquence souverainement absurde : c'est que le testateur devrait avoir une capacité différente d'après la situation des biens, et il serait frappé d'autant d'incapacités diverses qu'il a de biens situés dans des territoires différents. Sa volonté, qui est unique, deviendrait triple ou quadruple : ici elle serait rationnelle, là déréglée, ici équitable, là inique. c'est diviser ce qui est essentiellement indivisible.

Les auteurs qui écrivent sur le droit international privé se prononcent, la plupart, pour la personnalité du statut qui détermine la capacité ou l'incapacité de disposer (1). Ils ne tiennent aucun compte de la tradition, dont ils ne parlent même pas. C'est se rendre la tâche très facile. Mais à quoi servent ces abstractions, en droit français? Elles s'adressent tout au plus au législateur, qui n'en tient guère compte. Le code italien est le seul jusqu'ici qui ait formulé quelques règles de droit civil international; dans

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*. Antoine, *De la succession en droit international privé*.

les autres pays, c'est la tradition qui domine; il en est ainsi notamment du droit français; l'article 3 du code Napoléon n'est autre chose qu'un renvoi au droit ancien. La question de la nature du statut n'est donc nulle part une question de théorie, elle doit être décidée par le droit positif, et, en France, notamment, par le droit traditionnel. Il faut ajouter, pour ce qui regarde la Belgique, que le code civil qui la régit a, en cette matière, renvoyé, non à l'ancien droit belgique, mais à la tradition française; et précisément, en ce qui concerne le statut des successions, la Belgique était régie par l'édit perpétuel de 1611, lequel rapportait tout à la réalité, même la capacité requise pour succéder, puisque l'âge dépendait de la situation des biens; tandis qu'en France la personnalité était en lutte avec la réalité, comme je le dirai en traitant de la condition d'âge, ce qui rend très difficile la question de savoir quelle était la tradition française.

Fœlix se prononce, sans hésiter, pour la réalité du statut, en s'appuyant sur la tradition; malheureusement, en cette matière, on trouve dans la tradition tout ce que l'on y veut chercher, et Fœlix y cherche toujours des témoignages pour le réalisme, dont il est partisan décidé; Voet est en tête des autorités qu'il cite, Froland et Bouhier n'y figurent point, et Boullenois, qu'il invoque, est loin d'être favorable à sa thèse, comme je le dirai plus loin. L'annotateur de Fœlix s'écarte en ce point de l'auteur qu'il commente, comme il le fait presque toujours quand il s'agit des statuts relatifs à la capacité, que Fœlix réalise régulièrement. M. Demangeat dit que Fœlix applique ici une doctrine qu'il a déjà eu l'occasion de réfuter, à savoir la distinction entre la capacité ou l'incapacité générale, formant l'état de la personne et la capacité ou l'incapacité particulière formant une exception à l'état général de la personne (1). Cette distinction est, à la vérité, contraire à la doctrine moderne, mais elle était très répandue dans l'ancien droit, et c'est bien du droit

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122 et la note de Demangeat (4e édition).

traditionnel qu'il s'agit, dans la matière des successions, puisque le seul texte que nous ayons, l'article 3, consacre la tradition.

186. Rien n'est plus difficile que de préciser les principes que l'on suivait dans l'ancien droit, même quand il s'agit du droit civil; mais ici du moins on peut prendre appui sur l'autorité de Pothier, qui résume à lui seul la tradition. Il n'en est pas de même du droit civil international; il y a deux écoles différentes sans que l'on puisse dire qu'elles aient un système arrêté, c'est plutôt une tendance; l'une penchait vers la personnalité, l'autre vers la réalité, mais les auteurs, n'étant liés par aucun texte, ne restaient pas fidèles à leur principe, puisque de principe certain il n'y en avait pas. Wächter dit que la réalité, dans la matière des successions, était jadis l'opinion générale (1), mais le jurisconsulte allemand ne parle que de la tradition allemande, en y comprenant les légistes hollandais, qui étaient des réalistes outrés, notamment les deux Voet. De plus, Wachter, si exact, a soin d'ajouter que l'ancien droit limitait la réalité aux immeubles, de sorte que nous aurions deux statuts différents pour déterminer la capacité : le statut réel pour les immeubles et le statut personnel pour les meubles. Cela est tellement illogique qu'il faudrait des témoignages bien positifs pour l'admettre. Or, en droit français, les témoignages sont contradictoires; j'ai cité, en commençant cette étude, les noms de Froland et de Bouhier, et je pourrais ajouter Boullenois et d'autres autorités considérables sur lesquelles je reviendrai; tous ces auteurs appartiennent au dix-huitième siècle, ce qui prouve que la tradition penchait vers la personnalité en France. A la même époque, la doctrine et la jurisprudence allemandes allaient beaucoup plus loin et se prononçaient pour la personnalité de tout le droit héréditaire, ce qui entraînait comme conséquence indubitable la personnalité du statut qui règle la capacité de disposer et de recevoir. Cependant les auteurs anglais et américains, et parmi eux les plus savants, Burge et Story,

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 192.

soutiennent que la tradition était décidément réaliste (1). Mais il faut se défier de la science historique des Anglo-Américains ; ils confondent toutes les époques et toutes les écoles ; et comme leur *common-law* est féodale en essence, il est naturel qu'ils s'attachent de préférence à la vieille maxime que toute coutume est réelle, et il est facile de trouver des témoignages en masse en faveur d'une règle qui, pendant longtemps, était universellement admise.

On voit que les difficultés abondent dans la matière que je vais aborder : pas de texte, et une tradition incertaine. Mais cette incertitude même ne laisse-t-elle pas une certaine latitude à la doctrine? Puisque le droit français avait une tendance prononcée vers la personnalité, pourquoi ne suivrait-on pas cette tendance? Il y a encore une remarque à faire sur la tradition française : quand les auteurs parlent de la capacité en matière de succession testamentaire, ils entendent la capacité de disposer au point de vue de l'âge : c'est, en effet, la question la plus importante, et elle l'était d'autant plus dans l'ancien droit que les coutumes variaient extrêmement sur l'âge requis pour tester. Il est donc bon de laisser là les généralités et d'entrer dans les détails. En limitant les difficultés à des points certains et déterminés, il sera plus facile de les résoudre.

II. *Des mineurs.*

187. Les articles 903 et 904 du code Napoléon posent en principe que les mineurs ne peuvent pas disposer de leurs biens par donation entre-vifs. C'est l'application du droit commun. Les mineurs, en droit français, sont incapables, ils n'agissent point; c'est le tuteur qui les représente dans tous les actes civils (C. Nap., art. 450). Or, le tuteur n'a qu'un pouvoir d'administration et de conserva-

(1) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law*, partie 1re, chap. 1er, p. 21-23. Story, *Conflict of laws*, p. 543, note 2, § 432 de la 7e édition.

tion; en général, il ne peut aliéner, la loi ne lui permet l'aliénation que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident, ce qui exclut toute libéralité (art. 457). La loi ne fait exception à cette incapacité générale et absolue que pour les donations entre époux par contrat de mariage; j'y reviendrai.

L'incapacité de disposer entre-vifs à titre gratuit n'étant qu'une conséquence de l'incapacité générale qui frappe le mineur, il ne saurait y avoir de doute sur la nature du statut qui déclare le mineur incapable de donner. Il est admis par tout le monde que la minorité forme un statut personnel; les plus réalistes parmi les statutaires avouaient qu'il est absurde qu'une personne soit tout ensemble mineure et majeure, incapable et capable. Et il est tout aussi absurde que la capacité ou l'incapacité dépende de la situation des biens. Si la loi défend au mineur de faire des donations, c'est par des considérations toutes personnelles qui n'ont absolument rien de commun avec la situation des biens; chaque législateur doit déterminer l'époque jusqu'à laquelle les hommes sont incapables, à raison de leur âge; cela dépend des mille circonstances à raison desquelles l'intelligence se développe plus ou moins rapidement; et quand la loi personnelle ou nationale a fixé cet âge, on ne saurait admettre sans absurdité que celui qui est jugé incapable par le législateur de son pays devienne capable si le hasard veut qu'il possède des biens là où, à raison de circonstances différentes, les naturels ont l'intelligence nécessaire pour disposer de leurs biens. Incapable de donner, en vertu de la loi française, le mineur français est incapable partout; l'article 3 le dit, et il en résulte implicitement que le mineur étranger est incapable ou capable d'après sa loi personnelle ou nationale.

188. Le code Napoléon déroge à l'incapacité générale dont les mineurs sont frappés quand il s'agit d'actes de dernière volonté : le mineur parvenu à l'âge de seize ans peut disposer par testament, mais seulement de la moitié des biens dont elle permet au majeur de disposer. Avant d'examiner la nature de ce statut, il faut bien en préciser

le motif et le fondement. Pourquoi le mineur peut-il tester, dans de certaines limites, tandis qu'il ne peut pas donner? L'orateur du gouvernement répond que, dans les donations entre-vifs, la loi présume que le mineur serait la victime de ses passions, « tandis que, dans les dispositions testamentaires, l'approche ou la perspective de la mort ne lui permettra plus de s'occuper que des devoirs de famille ou de reconnaissance (1). » Voilà une bien faible présomption; si le mineur a des passions dont la loi a raison de se défier, ne cédera-t-il pas à un aveugle entraînement quant il teste, aussi bien que quand il donne? Puis, il faut tenir compte, et avant tout, de l'intelligence et de la conscience. A seize ans, l'enfant est encore sur les bancs du collége; la loi suppose qu'il connaît ses devoirs, et le législateur ne fait rien, absolument rien pour les lui apprendre. Que dire dans les pays où, comme en Belgique, la loi abandonne l'enfance et la jeunesse à des gens d'église, à des moines, n'ayant d'autre but que d'aveugler la conscience de l'homme au profit de leur église? Que l'on mette en regard la faiblesse intellectuelle et morale d'un enfant qui entre à peine dans l'âge de l'adolescence et la sagesse de la loi qui a réglé l'ordre des successions d'après les affections naturelles et légitimes du défunt, et que l'on dise s'il faut ajouter plus de confiance au testateur de seize ans qu'au législateur? La loi même se défie de la capacité qu'elle reconnaît au mineur, elle ne lui permet de donner que la moitié des biens dont le majeur peut disposer. J'avoue que je ne comprends pas cette demi-capacité. Si l'intelligence et la conscience de l'adolescent de seize ans sont assez développées pour qu'il puisse léguer la moitié de ses biens, pourquoi ne pourrait-il pas disposer de tout son patrimoine? Comprendrait-on que la loi donnât au mineur le droit de vendre la moitié de ses biens? Cela n'aurait pas de sens. Il n'y en a pas non plus à lui permettre de donner la moitié de sa fortune en le déclarant incapable de donner l'autre moitié.

Je me permets cette critique parce que je la trouve chez

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 7 (Locré, t. V, p. 314.)

nos anciens auteurs et les meilleurs. Ricard dit qu'il trouve beaucoup à redire à la disposition des coutumes, aussi bien qu'à celle du droit romain, qui permettent à un mourant, dont l'esprit est affaibli et travaillé de captateurs qui l'obsèdent et lui font dire ce qu'ils veulent, de disposer de plus par testament qu'il ne peut entre-vifs et en bonne santé. Rodenburgh demande quel est l'âge auquel on peut raisonnablement fixer le pouvoir et la capacité de tester; il n'approuve pas le pouvoir de tester que le droit romain accordait à un jeune homme de quatorze ans. Cet âge est bien informe, disait Coquille; dans nos climats, on est encore enfant et on quitte à peine l'école primaire, sans savoir même ce que c'est qu'un testament; j'ajoute qu'à seize ans on n'en sait pas beaucoup plus. Il y avait des coutumes qui reculaient l'âge de la capacité jusqu'à vingt-cinq ans; Rodenburgh semble prendre parti pour les coutumes qui permettaient de tester à l'âge de dix-huit à vingt ans (1).

Les anciennes coutumes distinguaient la nature des biens; il y en avait qui permettaient de tester des meubles et acquêts à vingt ans, et qui reculaient jusqu'à vingt-cinq ans le pouvoir de disposer du quint des propres. Quand les coutumes étaient muettes, on discutait la question de savoir s'il fallait s'en rapporter au droit romain, comme formant le droit commun de la France; le président de Thou et les plus célèbres des jurisconsultes coutumiers, Dumoulin, Guy Coquille, étaient d'avis que les coutumes formaient le droit commun de la France. Dans l'espèce, si l'on avait suivi le droit romain, on aurait permis à des enfants de quatorze ans de dépouiller leur famille; cette conséquence répugnait à notre ancien droit; les légistes cherchèrent une autorité dans les coutumes elles-mêmes. On s'arrêta à suivre la coutume de Paris, comme étant celle de la capitale du royaume; elle avait été réformée et corrigée sur ce qui était plus du goût de la nation et le plus universellement pratiqué. La coutume

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 696.

exigeait l'âge de vingt ans pour disposer par testament des meubles et acquêts immeubles, et l'âge de vingt-cinq ans pour disposer du quint des propres. Boullenois, à qui j'emprunte ces détails, ajoute que cet âge était plus convenable que celui de quatorze ans fixé par le droit romain, parce que, à un âge aussi peu avancé, on est encore bien exposé à la surprise et à la captation (1).

189. Ces considérations étaient toutes empruntées aux motifs pour lesquels on fixait l'époque de la majorité à un âge plus ou moins avancé. L'intelligence de l'enfant est-elle assez développée, et sa conscience est-elle assez éclairée pour qu'on puisse lui permettre de disposer de ses biens à quatorze ans? Ou fallait-il attendre la majorité ordinaire, généralement fixée à vingt-cinq ans, ou convenait-il de permettre à celui qui approchait de la majorité de tester? Les coutumes distinguaient entre les meubles et les immeubles, entre les conquêts et les propres, c'est-à-dire d'après l'importance des biens et le prix que l'on y attachait. Ces distinctions n'ont plus de raison d'être dans notre droit moderne; restent les motifs fondés sur le développement intellectuel et moral; ces raisons sont purement personnelles, et il semble que l'on aurait dû en induire que le statut de capacité est personnel. Cependant la question était très controversée dans l'ancien droit. J'ai cité en faveur de la personnalité l'opinion de Froland et de Bouhier; nous allons entendre Boullenois.

Boullenois a écrit son traité sous forme d'observations sur l'ouvrage de Rodenburgh. Le savant magistrat d'Utrecht décidait que le statut qui permet de tester est purement et simplement réel, et qu'il doit se régler par la loi de la situation. La plupart des légistes hollandais penchaient pour la réalité en toutes choses. Rodenburgh donnait plus à la personnalité que les deux Voet; toutefois l'esprit traditionnel l'emportait souvent. Il dit que le statut qui détermine l'âge où l'on peut tester n'est pas fait pour régler l'état et la condition de la personne, que son

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. I[er], p. 696-698.

objet est tout réel, c'est de déterminer les dispositions et aliénations que l'on peut faire des choses; et cela pour le cas seulement du testament, en sorte que cette loi est limitée et toute renfermée à cette manière unique d'aliéner. Ne sont-ce pas des considérations un peu mécaniques à la façon de Hertius, qui se prononçait pour la réalité, parce que le statut du testament avait pour objet les biens (*in rem conceptum*)? L'exemple donné par Rodenburgh ne témoigne pas pour le principe. Un homme domicilié dans une coutume où il faut vingt ans pour tester pourra néanmoins tester, à l'âge de dix-huit ou de vingt ans, des biens qu'il a dans une coutume où il ne faut que dix-huit ou vingt ans; en sorte que la même personne pourra être incapable de tester dans le lieu de son domicile et capable dans le lieu de la situation. Cependant Rodenburgh enseignait que l'homme, mineur d'après sa loi personnelle et incapable, ne devenait pas majeur et capable pour les biens qu'il avait dans une coutume où il aurait été majeur à vingt ans, parce que le même individu ne saurait être tout ensemble majeur et mineur, capable et incapable.

Ces contradictions ne s'expliquent pas mécaniquement; il faut remonter au principe sur lequel était fondée la réalité des coutumes. Dire que les coutumes étaient réelles, c'était dire qu'elles étaient souveraines dans leur territoire, en ce sens qu'elles étendaient leur puissance souveraine sur les personnes et les choses qui s'y trouvaient. Sous le régime féodal, cela était très naturel, puisque la souveraineté était attachée au territoire. Mais la souveraineté a changé de nature, ce n'est plus le pouvoir du maître sur sa chose, c'est une mission qui appartient à l'Etat comme organe de la souveraineté nationale. La question change donc de nature : il s'agit de savoir si la société est intéressée à ce que les mineurs puissent disposer par testament sous une loi ou coutume qui leur permet de tester avant d'avoir atteint leur majorité, alors que leur statut national le leur défend. On chercherait vainement quel serait l'intérêt que l'Etat pourrait avoir à considérer comme capable de tester, à raison de la situa-n'ose pas le déclarer purement personnel en présence des

tion des biens, celui qui, d'après son statut personnel, est considéré comme incapable parce qu'il n'a pas encore acquis le développement intellectuel et moral qui est nécessaire pour faire un acte aussi important. Aucun Etat n'a droit ni intérêt à vouloir qu'un incapable dispose des biens qu'il possède sur son territoire en dépouillant sa famille; et on ne peut pas dire que le fait de posséder des immeubles sur ce territoire lui donne la capacité qui lui manque; cela serait absurde.

190. Boullenois continue et dit : « Nous avons aussi *quantité de nos auteurs* qui estiment que le statut qui permet de tester est un statut *pur personnel;* que le droit de tester est inhérent à la personne, l'affecte principalement, ainsi que la majorité et la minorité. D'où ils concluent qu'ainsi que l'état de la majorité et de la minorité se porte partout, et pour tous biens, en quelques lieux qu'ils soient situés, le droit de tester se doit aussi porter partout, et généralement pour tous biens. » Boullenois cite d'abord Ricard, dont j'ai déjà invoqué le témoignage; on est heureux, en le lisant, d'être délivré du *statutum in rem conceptum :* il donne des raisons au lieu de se contenter de formules. C'est la coutume du domicile qui donne ou refuse l'habilité nécessaire pour disposer de ses biens, sa personne étant absolument soumise à ses lois; et si la coutume, après avoir permis en général l'usage des testaments, l'interdit en particulier à quelques-uns, c'est par une *raison politique et personnelle.* Si la loi de son pays l'a une fois reconnu capable pour cet effet, et si elle l'autorise à tester à quatorze ans, par exemple, il porte sa capacité, qui est attachée à sa personne, en quelque lieu qu'il se trouve, et il peut, par conséquent, disposer de ses biens, en quelque lieu qu'ils soient situés, alors même que la coutume de ce lieu requiert un plus grand âge (1).

La Thaumassière, sur la coutume de Berry (tit. XVIII, art. 1er), a adopté le principe de Ricard. La capacité de tester se règle par la coutume du domicile du testateur : par exemple, sous la coutume de Berry, un testateur à

(1) Ricard, *Du Don mutuel*, chap. VII, n° 331.

l'âge de dix-huit ans accomplis peut tester et même disposer des biens assis dans les coutumes qui ne permettent de tester qu'à vingt-cinq ans. La situation des biens ne peut rendre incapable celui que sa loi personnelle a reconnu capable; elle avait ses raisons pour cela, et ces raisons, toutes personnelles, ne peuvent pas rendre le testateur incapable quand il acquiert des biens dans une autre coutume.

Henrys (tome Ier, quest. 105), dit Boullenois, a donné dans les mêmes principes. « Celui qui établit son domicile sous une coutume assujettit sa personne aux lois d'icelle, et c'est de cette coutume qu'il tire son habilité; c'est elle qui le rend capable ou non de tester. » Cet auteur, comme on le voit, met sur la même ligne la capacité de contracter et la capacité de tester; et cela n'est-il pas fondé en raison? Est-ce que l'homme a deux intelligences et deux consciences, l'une pour contracter et l'autre pour tester? et si je suis capable d'une volonté intelligente et éclairée quand il s'agit de vendre, pourquoi mon intelligence et ma conscience seraient-elles en défaut quand il s'agit de tester?

Bretonnier, qui a fait des remarques sur Henrys, embrasse la même opinion. Il demande si un habitant de Paris, à qui la coutume ne permet pas de disposer par testament de ses meubles et acquêts avant l'âge de vingt ans, et du quint de ses propres avant l'âge de vingt-cinq ans, peut, avant cet âge, disposer des biens qu'il a en pays de droit écrit, où il est permis de disposer par testament aussitôt après la puberté; il décide que la capacité de disposer dépend de la loi du domicile. Dans l'espèce, il est d'évidence que l'incapable ne devenait pas capable par la situation de ses biens. La loi romaine était faite pour les habitants du Midi, dont le développement est plus précoce que celui des hommes du Nord : est-ce que, par hasard, un Belge ou un Germain devenait un Romain par la circonstance qu'il possédait des biens en Italie?

191. Boullenois se trouve singulièrement embarrassé au milieu de ces opinions contraires. Il ne veut pas admettre avec les réalistes que le statut de l'âge soit réel, et il

coutumes réputées réelles, c'est-à-dire souveraines. Que fait-il? Il décide que le statut est personnel-réel (1). Comment un seul et même statut peut-il avoir principalement en vue la personne, et avoir aussi principalement en vue les biens? Voilà un problème qui ressemble à celui de la quadrature du cercle. Il faut distinguer, dit Boullenois, dans les dispositions testamentaires : 1° la capacité de faire un testament, c'est-à-dire de disposer à cause de mort; 2° les dispositions voulues et ordonnées par le testateur. Avant de disposer de ses biens, il faut avoir la capacité de faire un testament, c'est-à-dire, avoir le droit de disposer après sa mort. Ce droit dépend du statut personnel. Après cela vient la disposition des biens; puisqu'il s'agit de disposer d'un bien, le statut est réel, le souverain du territoire ayant seul qualité pour permettre ou défendre de disposer d'un bien assis sur son territoire. La distinction est une de ces subtilités que Story reproche au légiste français, elle est si subtile qu'on ne parvient pas à la saisir. Boullenois déclarant que le droit de tester dépend du statut personnel, on croirait que, dans son opinion, le mineur âgé de quatorze ans, et domicilié dans les pays de droit écrit, peut tester sans qu'il y ait à voir où les biens sont situés. Il n'en est rien. Le droit écrit lui donne, à la vérité, le droit de faire un testament, mais quand le mineur veut user de ce droit, il est soumis à la loi des lieux où ses biens sont situés. Ainsi, le droit de tester est un droit abstrait, qui n'a d'efficacité que d'après les lois de la situation. Il peut résulter de là que le mineur ait le droit de tester, mais qu'il soit dans l'impossibilité d'en user. S'il est domicilié dans un pays de droit écrit, il sera habile à tester dès qu'il est pubère; mais si tous ses biens sont situés sous la coutume de Paris, il ne pourra disposer des meubles et acquêts qu'à vingt ans, et du quint des propres qu'à vingt-cinq ans. Il ne sera donc capable qu'en apparence; en réalité, sa capacité dépendra de la loi du lieu où les biens sont assis; son statut per-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 706 et suiv.

sonnel n'aura d'effet que dans les pays de droit écrit; c'est dire qu'il est limité au territoire, et n'est-ce pas là le caractère qui distingue le statut réel?

La distinction de Boullenois, qui nous paraît si étrange, s'explique par l'empire que la tradition exerçait sur les légistes; les coutumes étant réelles, il paraissait impossible de permettre qu'une loi étrangère autorisât le propriétaire à disposer des biens soumis à la souveraineté territoriale. Mais, d'un autre côté, la souveraineté territoriale, c'est-à-dire féodale, perdait de son autorité, et l'influence du statut personnel allait grandissant; de là les perplexités de Boullenois, et la distinction subtile qui semblait donner satisfaction à l'un et à l'autre principe. Mais on ne peut servir deux maîtres à la fois : en reconnaissant que le statut de l'âge était personnel, Boullenois ruinait l'empire de la souveraineté féodale. Les principes de droit ne sont pas une abstraction; ils demandent à être réalisés, et ils ne sont rien si on ne leur donne effet. Donc virtuellement Boullenois désertait la doctrine de la réalité des coutumes en ce qui concerne le statut de l'âge.

192. Telle est la tradition française. Elle n'a rien de précis ni de définitivement arrêté; j'en conclus que les auteurs du code civil n'ont pas adopté le principe de la réalité du statut de l'âge, comme le prétend Fœlix : ils ont consacré une tradition flottante, mais décidément favorable à la personnalité. Nous allons encore entendre un jurisconsulte, un des princes de la science; Merlin appartient à moitié à l'ancien droit sous lequel il a été élevé, et pour lequel il a toujours eu une certaine prédilection, oubliant parfois qu'il vivait sous l'empire du code civil. Dans l'espèce, nous restons réellement soumis au droit traditionnel, seulement je ne sais si nous conservons notre entière liberté, comme Merlin semble le croire (1). Il pose la question en ces termes : « Dans le concours de deux statuts opposés l'un à l'autre sur l'âge requis pour tester, est-ce celui du domicile ou celui de la situation

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. Ire, § V, art. II (t. XXXIII, p. 317 de l'édition de Bruxelles). Rocco adopte les distinctions de Merlin (*Dell' uso e autorita delle leggi delle Due Sicilie*, p. 398-400).

qu'il faut suivre? » Cette question, répond Merlin, ne présente aucune difficulté pour la Belgique; elle est décidée en faveur du statut de la situation par l'article 13 de l'édit perpétuel de 1611. S'il entend dire que l'édit des archiducs Albert et Isabelle doit encore être suivi aujourd'hui en Belgique, il se trompe. Le code civil a abrogé tout l'ancien droit en vertu de la loi du 30 ventôse an XII (art. 7). Il est vrai que l'article 3 du code Napoléon maintient implicitement la tradition, dans la matière des statuts, mais c'est la tradition française et non la tradition belge, c'est donc l'ancien droit français qui doit être consulté sur la nature du statut de l'âge.

Merlin expose ensuite la doctrine qui régnait dans l'ancien droit sur le conflit des statuts, en s'appuyant sur l'autorité de profonds jurisconsultes. Quels sont ces jurisconsultes? Il cite d'Argentré, Rodenburgh, Abraham de Wesel et Boullenois, mais ce dernier n'était pas d'accord avec les autres. Voilà une tradition très bigarrée; il s'y trouve deux légistes hollandais; si Rodenburgh et de Wesel sont des autorités en droit français, il fallait citer aussi les deux Voet, et Jean Voet surtout, qui est supérieur à tous. Dans l'ancien droit, les statutaires procédaient ainsi, ils invoquaient Bourgoingne au même titre que Dumoulin; de sorte qu'on mettait sur la même ligne des auteurs qui donnaient tout à la réalité, en niant le statut personnel et des auteurs qui revendiquaient les droits de la personnalité. Il est certain que le code n'a pas été rédigé dans cet esprit, car il consacre formellement le statut personnel en ce qui concerne l'état et la capacité ou l'incapacité des personnes. Cela diminue singulièrement l'autorité des grands jurisconsultes invoqués par Merlin; il a oublié l'article 3 du code civil. En mêlant et en confondant les légistes de toutes les écoles, Merlin aboutit à une doctrine qui ne représente point la tradition française; il est obligé de combattre Boullenois, qui, en cette matière, devait être écouté plutôt que Rodenburgh. Je dois cependant transcrire les principes que Merlin a tort de considérer comme une théorie certaine et arrêtée.

1° On doit regarder comme personnel tout statut qui donne à une personne un certain état et une certaine condition. D'après ce principe, le statut de l'âge n'était pas personnel quand il dérogeait à l'état général de la personne, en permettant, par exemple, au mineur de tester à quatorze ans;

2° Il faut ranger dans la même classe les *statuts permissifs* adressés à des hommes *capables* par état, et les statuts *prohibitifs* adressés à des hommes *incapables* par état, parce que les *permissions* ou les *défenses* qu'ils contiennent ne sont, pour ainsi dire, que des corollaires de l'état de la personne. D'après ce second principe, le statut de l'âge était un statut personnel lorsqu'il permettait au majeur de tester ou qu'il défendait au mineur de disposer de ses biens par acte de dernière volonté;

3° La loi qui défend un acte particulier à un homme capable par état, est personnelle si l'objet de l'acte est personnel, et réelle si l'objet est réel. Ce principe ne reçoit pas d'application au statut de l'âge, le droit de tester étant universellement reconnu;

4° La loi qui permet un acte particulier à un homme incapable par état est personnelle si l'objet est personnel, et réelle, si l'objet est réel. D'après ce principe, le statut de l'âge était tout ensemble personnel et réel;

5° Le statut personnel doit céder au statut réel en cas de concours entre l'un et l'autre. Si, par statut réel, on entend celui de la situation des biens, il en résultait que le statut de l'âge était toujours dominé par le statut de la situation des immeubles.

Ces principes conduisent à des conséquences contradictoires. Nous allons voir comment Merlin les applique à la question de l'âge. Elle dépend, dit-il, de la manière dont une coutume permet ou défend de tester avant un certain âge. Si elle prononce cette permission ou cette défense d'une manière qui fasse entendre qu'elle fait dépendre l'une de la majorité et l'autre de la minorité, nul doute qu'elle ne forme un statut vraiment personnel, parce que, dans ce cas, le statut de l'âge se confond avec celui de la majorité ou celui de la minorité; or, il est constant

que ce statut est personnel. A l'égard des coutumes ou lois qui prononcent sur l'âge de tester d'une manière qui ne le met pas dans une relation directe avec la majorité ou la minorité, il est clair qu'elles forment des statuts réels, puisque, loin de se confondre avec l'état de la personne, elles y font une exception à la capacité ou à l'incapacité générale qu'elles attribuent à cet état. D'après cela il faut décider que le statut du code civil sur l'âge requis pour pouvoir tester est réel.

Je ne puis admettre cette distinction et la conséquence qui en résulte. Elle suppose qu'il y a des statuts de capacité ou d'incapacité qui forment des statuts réels. J'ai combattu le principe (1), et je rejette aussi l'application que Merlin en fait. C'était une question controversée dans l'ancien droit, et partant, les interprètes du code civil peuvent et doivent s'en tenir à la règle que l'article 3 du code Napoléon établit, et d'après laquelle toute loi qui déclare une personne capable ou incapable est personnelle. Tel est aussi l'avis de Lomonaco. Le légiste italien rappelle que Dalloz trouve la distinction de Merlin fort sage; cela prouve qu'à l'étranger comme en Belgique on considère le *Répertoire* comme l'œuvre d'un jurisconsulte, tandis que ce n'est qu'une compilation faite sans intelligence et sans connaissance du droit. Lomonaco a raison de dire que la distinction de Merlin est arbitraire et n'a aucun fondement en droit ni en raison (2). Qu'importe que le statut de l'âge concorde ou non avec celui de la majorité ou de la minorité? Ce n'en est pas moins une loi qui déclare les personnes capables ou incapables de faire l'un des actes les plus importants de la vie civile; et sur quoi le législateur se fonde-t-il pour établir une capacité spéciale qui déroge à l'état général? Sur des considérations personnelles, tirées du développement de la raison et de la conscience que l'on suppose chez un mineur de seize ans; donc le fondement de la capacité spéciale est, en réalité, le même que le fondement de la capacité générale: pourquoi donc l'une

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 91, n° 3.
(2) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 144, suiv.

formerait-elle un statut réel et l'autre un statut personnel? On voit que les fameux principes que Merlin a formulés d'après quelques anciens jurisconsultes ne servent qu'à égarer l'interprète.

193. La tradition n'étant pas un obstacle absolu à ce que l'on considère le statut de l'âge comme personnel, la décision ne saurait être douteuse. L'article 3 du code Napoléon considère comme statuts personnels les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes; or, les articles 903 et 904 sont placés sous la rubrique du chapitre II qui est intitulé : « De la *capacité* de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament. » L'article 903, même dans la théorie de Merlin, forme un statut personnel, puisqu'il déclare, en général, le mineur incapable de disposer à titre gratuit. L'article 904 apporte une exception à cette règle pour les mineurs parvenus à l'âge de seize ans. Est-ce que l'exception n'est pas de la même nature que la règle? Conçoit-on que la règle soit un statut personnel et que l'exception soit un statut réel? Il y a cependant un léger motif de douter : l'article 904 ne donne pas au mineur une capacité absolue de tester; elle ne lui permet de disposer que jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la *loi permet au majeur de disposer*. Cette dernière partie de l'article a rapport au disponible; on en pourrait induire que les biens dont le mineur ne peut pas disposer forment une réserve; or, il est incontestable qu'en droit français la réserve dépend du statut réel. Ce serait très mal raisonner; la loi règle une question de capacité et non une question de disponibilité; cela est admis par tout le monde (1); tant que le mineur n'a pas seize ans, il est frappé d'une incapacité absolue, fondée sur l'âge, c'est-à-dire sur la faiblesse de la raison; c'est l'application de l'incapacité générale qui frappe le mineur. Lorsqu'il est arrivé à l'âge de seize ans, la loi lui accorde seulement une demi-capacité, toujours à cause de son âge; sa raison est plus dé-

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 605, et notes 2 et 3 du § 688.

veloppée, mais elle ne l'est pas assez pour lui donner une capacité entière : or, la disponibilité n'a rien de commun avec la raison du testateur, elle ne varie pas d'après l'âge de celui qui dispose, elle se détermine d'après les devoirs qu'il a à remplir et d'après la qualité et le nombre des héritiers qu'il laisse; tandis que le mineur reste relativement incapable, alors même qu'il n'y aurait aucun réservataire. Pourquoi ne peut-il disposer que de la moitié de ses biens, quoiqu'il ne laisse que des collatéraux? C'est parce qu'il est incapable. Ces considérations prouvent que le statut de l'âge est essentiellement personnel, quel que soit l'âge, et quelle que soit la capacité ou l'incapacité qui en résulte : il est presque ridicule de distinguer le développement plus ou moins grand de la raison, et de dire que jusqu'à seize ans le statut est personnel, et qu'à seize ans il devient réel, quoique la cause de l'incapacité absolue et de la capacité relative tienne toujours à l'intelligence (1).

II. *De ceux qui ne sont pas sains d'esprit.*

194. Aux termes de l'article 901, il faut être sain d'esprit pour faire une donation entre-vifs ou un testament. Il est impossible que, sur ce principe, il y ait un conflit entre les législations des divers pays : aucun législateur ne peut accorder le droit de disposer à celui qui ne serait pas sain d'esprit. Mais, dans l'application du principe, les lois peuvent varier. En France et en Belgique, il y a des lois différentes pour les aliénés qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité, de démence et de fureur, et pour ceux dont l'insanité d'esprit est accidentelle et temporaire; les premiers seuls peuvent être interdits, et l'interdiction entraîne une présomption absolue d'incapacité, de sorte que la donation ou le testament qu'un interdit ferait postérieurement au jugement qui a prononcé son interdiction seraient nuls de droit. Quant aux aliénés dont la folie n'est pas habituelle, ils peuvent être colloqués dans un établissement de santé, et à plus

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 194, n° 145.

forte raison ceux dont l'insanité serait habituelle; on leur nomme un administrateur provisoire, mais ils ne sont pas frappés d'incapacité légale; les testaments et donations qu'ils feraient peuvent être attaqués et annulés, mais les principes qui régissent l'action en nullité ne sont pas les mêmes qu'en matière d'interdiction (1). Sur tous ces points les lois diffèrent d'un pays à l'autre. De là un inévitable conflit. Le statut de l'aliénation mentale est-il personnel ou réel?

Merlin applique les principes qu'il établit sur l'autorité des anciens jurisconsultes et il décide, en conséquence, que le statut qui défend à un prodigue de tester est personnel parce qu'il s'adresse à un incapable par état. D'après le code Napoléon cela ne fait pas de doute; il ne contient pas de disposition spéciale sur l'incapacité de tester qui frappe les interdits; l'article 502 dit que *tous actes* passés par l'interdit postérieurement à son interdiction sont *nuls de droit*; parmi ces *actes* sont naturellement compris les testaments et les donations. C'est donc la loi générale de l'incapacité constatée par le jugement qui interdit les aliénés que l'on applique aux testaments, ce qui ne laisse aucun doute sur la personnalité du statut. Si un interdit français faisait un testament en pays étranger, ce testament serait nul de droit par application de l'article 3 du code civil. La seule objection que l'on pourrait faire est que, l'incapacité résultant d'un jugement, on ne pourrait mettre le jugement à exécution qu'après qu'il aurait été déclaré exécutoire. J'ai examiné cette difficulté dans le cours de ces Etudes (2). Par contre, le testament fait en France par un interdit étranger serait régi par son statut national, et non par le code Napoléon; si donc la loi étrangère permettait à l'interdit de tester avec l'autorisation de son curateur, le testament serait valable.

195. Il en serait de même, à mon avis, d'un testament fait par l'aliéné dans son pays, avec cette autorisa-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 494, nos 398 et 403.
(2) Voyez ci-dessus, p. 150, nos 84 et suiv.

tion; l'acte recevrait son exécution sur les biens situés en France, puisque le testament, valable d'après le statut personnel, est valable partout. Merlin énonce une opinion contraire. La coutume de Bourbourg permettait au prodigue de tester avec l'autorité du curateur. De là la question de savoir si le prodigue interdit en France pourrait, avec l'autorité de son tuteur, disposer par testament des biens situés dans la coutume de Bourbourg. Merlin, raisonnant d'après ses *principes*, décide que c'est un statut réel que de permettre un acte réel à un homme qu'on laisse, d'ailleurs, dans son état d'incapacité; et, d'un autre côté, le statut réel l'emporte toujours sur le statut personnel lorsqu'ils sont en concurrence (1). Je n'admets pas le premier principe; l'incapacité qui frappe l'interdit est toujours de la même nature, quelle qu'en soit la conséquence; peu importe que pour garantir les intérêts de l'interdit la loi déclare nuls les actes qu'il fait, ou qu'elle en subordonne la validité au concours d'un curateur ou tuteur, c'est toujours à raison de l'*état* d'incapacité naturelle que la loi détermine le sort des actes que l'interdit fait; donc le statut est personnel, de quelque manière que la loi organise la protection qu'elle accorde à l'incapable.

Quant au second motif allégué par Merlin, que le statut réel l'emporte toujours sur le statut personnel lorsqu'ils sont en concurrence, je l'admets si par statut *réel* on entend un statut qui intéresse la société, ou, comme on disait jadis, la souveraineté; mais je n'admets point que le statut de la situation des biens l'emporte sur le statut de l'interdiction, car l'Etat sur le territoire duquel l'interdit a des biens n'a absolument aucun intérêt, ni aucun droit à s'opposer au statut personnel : qui peut mieux savoir quelle est la protection qu'il convient d'assurer à un incapable, que le législateur du pays auquel l'incapable appartient? Le devoir de tout Etat est de protéger l'incapable de la manière la plus efficace; or si le législa-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. Ire, § V, art. Ier, no 2 (t. XXXIII, p. 310, de l'édition de Bruxelles).

teur français trouve que ses sujets ne sont suffisamment garantis que par une incapacité absolue dont il les frappe; les législateurs étrangers doivent maintenir cette protection à l'aliéné, et ne pas lui permettre, par conséquent, de tester avec l'autorité de son curateur. Le statut de l'interdiction reste donc toujours personnel.

196. Merlin suppose que c'est un prodigue qui est interdit. Dans l'ancien droit, il en était ainsi; le code Napoléon se borne à placer les prodigues sous un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel ils ne peuvent pas faire les actes les plus importants de la vie civile (art. 513); parmi ces actes ne figure pas le testament, il s'ensuit que le prodigue est capable de tester, pourvu qu'il soit sain d'esprit, comme l'exige l'article 901 du code civil. Le code des Pays-Bas a rétabli l'interdiction pour cause de prodigalité; de là un conflit entre la législation française, qui est aussi la nôtre, et la législation néerlandaise. Puisque le statut de l'interdiction est personnel, le prodigue hollandais ne pourrait pas tester en Belgique ni en France, et le testament qu'il ferait n'aurait aucun effet quant aux biens qui y seraient situés; la situation des biens ne pouvant pas rendre capable celui que son statut national déclare incapable. Vainement invoquerait-on le principe que le statut *réel* domine le statut *personnel ;* cela est vrai quand il y a un droit social en cause : mais quel intérêt et quel droit la France et la Belgique auraient-elles à valider, pour les immeubles qui y seraient situés, un testament nul d'après le statut personnel du testateur? Elles devraient en même temps le déclarer nul pour les valeurs mobilières qui se trouveraient sur leur territoire, ce qui prouve combien les anciens principes invoqués par Merlin sont irrationnels. Si, comme Merlin le suppose, ces principes étaient ceux de l'ancien droit, il faudrait se soumettre à la volonté du législateur qui a maintenu implicitement le droit ancien. Mais les autorités mêmes que Merlin invoque, en ce qui concerne le statut de la capacité de tester, témoignent contre lui.

Par la même raison, il faut décider que le testament que ferait un prodigue français ou belge, n'importe dans quel

pays, aurait effet dans les Pays-Bas, car le testament valable d'après le statut personnel du testateur doit être validé partout, même quant aux biens que le testateur posséderait dans le territoire néerlandais. C'est la conséquence de la personnalité, et l'on ne peut pas dire, dans l'espèce, que le statut territorial doit l'emporter, car le législateur des Pays-Bas n'a pas à se préoccuper de la protection qu'il doit à ses nationaux, il doit traiter les prodigues étrangers conformément à leur loi personnelle; c'est au législateur français ou belge de voir ce qu'il convient de faire pour concilier le droit du prodigue et les droits de l'Etat et de la famille qui sont engagés dans le débat sur la capacité des prodigues; lui seul a qualité ou mission à cet égard.

197. Le même conflit peut exister pour les aliénés colloqués, en vertu des lois portées en France et en Belgique, dans une maison de santé ou dans un hospice. Si un aliéné est colloqué, l'administration de ses biens passe à un administrateur provisoire, dont les fonctions ressemblent à celles du tuteur, mais ses pouvoirs sont moins étendus, et l'aliéné colloqué n'est pas frappé d'incapacité en vertu d'un jugement. C'est une situation très difficile à définir; mais de quelque manière que l'on interprète les nouvelles lois, il est certain qu'elles forment un statut personnel; c'est une protection analogue à celle qui est accordée à l'interdit. Si l'aliéné colloqué teste, son testament sera régi par sa loi personnelle, même pour les biens qu'il posséderait dans un pays où le régime français et belge serait inconnu. De même le testament fait par un aliéné étranger serait régi par la loi étrangère, pour les biens qu'ils posséderait en France et en Belgique.

Il y a cependant une objection. Les lois qui autorisent la collocation des aliénés dans un établissement de santé touchent à l'ordre public et à la liberté individuelle. N'en faut-il pas conclure que ces lois rentrent dans les lois de police et de sûreté qui, d'après l'article 3 du code Napoléon, régissent tous ceux qui habitent le territoire? Il faut distinguer les mesures de police et de sûreté, et l'incapacité que les lois établissent, en ce sens du moins que

l'aliéné est privé de l'administration de ses biens, et que les actes par lui faits pendant sa collocation peuvent être attaqués et annulés. Si un aliéné étranger réside en France, il est certain qu'il pourra être colloqué dans un établissement, pour y être traité, et il y jouira de la même protection que les naturels, pour ce qui concerne la liberté individuelle : tout cela est de police et de sûreté. La protection dont il a besoin exige aussi que l'on prenne des mesures conservatoires pour ses intérêts pécuniaires. On pourra donc aussi lui nommer un administrateur provisoire, de même que l'aliéné étranger pourrait être interdit, en supposant que les tribunaux du territoire où il se trouve soient compétents. Si l'aliéné conservait son domicile en pays étranger, les tribunaux du territoire pourraient encore le colloquer, quand la sûreté et la police l'exigent, et ils pourraient aussi prendre des mesures strictement conservatoires, mais sans que ces mesures affectassent en quoi que ce soit la capacité de l'aliéné. Les actes qu'il ferait resteraient donc tout à fait sous l'empire du droit commun, et notamment le testament serait, quant à sa validité, régi par la loi personnelle.

IV. *De l'incapacité de la femme mariée.*

198. L'article 905 du code Napoléon porte : « La femme mariée ne pourra donner entre-vifs, sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre du *Mariage*. » Il ne peut guère y avoir de doute sur la nature de ce statut. On ne peut pas dire des *donations* ce que la cour de cassation dit des *successions*, que tout y est réel, même la capacité. Il est vrai que les donations sont mises par le code sur la même ligne que les testaments ; et l'on pourrait dire que les successions testamentaires doivent être assimilées aux successions *ab intestat*, et que, par suite, elles sont soumises à un seul et même principe. Ce serait mal raisonner, et contrairement à l'esprit du droit fran-

çais. D'abord notre droit ne connaît point de succession testamentaire; le code civil suit les principes des coutumes en cette matière, et c'était un axiome du droit coutumier que Dieu seul fait des héritiers. Je reviendrai sur ce point. Puis, nos anciens jurisconsultes distinguaient les donations et les testaments; les unes étaient une dépendance du droit des gens, tandis que les autres dépendaient du droit civil. Il suit de là que la capacité de donner entre-vifs reste dans le droit commun; c'est ce que dit le texte du code civil que je viens de transcrire. L'autorisation dont la femme a besoin pour donner entre-vifs n'est pas une incapacité spéciale aux donations, c'est la conséquence de l'incapacité générale qui frappe les femmes mariées. Cela est décisif en ce qui concerne le statut. Quand même on admettrait toutes les distinctions que Merlin emprunte à d'anciens jurisconsultes, en matière de statuts (n° 192), il faudrait décider que l'incapacité de donner n'étant que l'application du principe général qui détermine l'état de la femme, on doit appliquer aussi à cette incapacité ce que l'article 3 du code Napoléon dit de l'état de la capacité ou de l'incapacité qui en résultent : c'est un statut essentiellement personnel, comme celui de la majorité et de la minorité. Il est vrai que les bonnes mœurs sont en cause, et l'on en pourrait induire que le statut est réel, en ce sens que les femmes étrangères, quoique capables de donner sans autorisation, ne pourraient pas faire en France une libéralité sans y être autorisées. Ce conflit pourrait se présenter pour la femme italienne, qui, d'après les interprètes du code d'Italie, est capable de faire la remise d'une dette sans autorisation; elle pourrait, à mon avis, remettre une dette en France ou en Belgique sans y être autorisée, puisque son statut personnel la suit à l'étranger. J'ai répondu, en traitant de la puissance maritale, à l'objection que l'on tire des bonnes mœurs. Il est très vrai que les bonnes mœurs demandent, dans le système du code civil, que la femme soit autorisée pour faire une libéralité; c'est la raison pour laquelle la femme séparée de biens ne peut pas faire une donation mobilière, bien qu'elle puisse disposer de son mobilier et l'aliéner

(C. Nap., art. 1449). Mais il ne suffit pas que les bonnes mœurs soient intéressées dans une disposition pour qu'elle devienne un statut réel, en ce sens qu'il domine le statut personnel de l'étranger; il faut que la société ait un intérêt de conservation à ce que la loi territoriale l'emporte sur la loi étrangère; or, dans l'espèce, cet intérêt n'existe certes pas. Cela est si vrai que le principe même de l'autorisation maritale est très contestable; le code italien s'est écarté, sous ce rapport, du droit traditionnel et de la législation française qui l'a maintenu; et l'on ne dira pas que le législateur italien tient moins à la moralité que le législateur français. Le code autrichien va plus loin, il n'exige aucune autorisation pour les actes juridiques que la femme mariée est dans le cas de passer, tandis que d'autres codes mettent la femme sous une espèce de curatelle. Ces différences entre les diverses législations tiennent à des mœurs locales, elles ne concernent pas la moralité universelle. C'est le cas de dire avec Dupin qu'aucun peuple ne doit avoir la prétention de posséder le monopole de la morale (1).

199. Le deuxième alinéa de l'article 905 porte que « la femme mariée n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de justice, pour disposer par testament ». La raison en est simple, c'est que le testament n'a d'effet qu'à la mort de la femme, alors qu'il n'y a plus de puissance maritale. C'est une dérogation à quelques coutumes anciennes qui ne permettaient à la femme de tester qu'avec autorisation. Dans les anciens principes, tels que Merlin les formule, on aurait pu objecter que la capacité spéciale que la loi accorde à la femme mariée pour les testaments, étant une dérogation à son état général, qui est l'incapacité, le statut est réel. Ce serait, me semble-t-il, très mal raisonner. Ce n'est pas à la femme mariée que la loi donne une certaine capacité en lui permettant de tester; elle applique, au contraire, le droit commun d'après lequel la femme non mariée a la même capacité que l'homme; en effet, le testament n'a effet qu'à

(1) Comparez le tome V de ces Etudes, p. 261-263.

un moment où il n'y a plus de mariage, partant plus d'incapacité.

A l'appui de cette décision je citerai ce que Bouhier écrit sous l'ancien droit. « La femme, dit-il, dans quelques coutumes, ne saurait tester sans l'autorité de son mari, et dans d'autres, ne peut pas même le faire de son consentement, à moins qu'elle ne s'en soit réservé la faculté par son contrat de mariage; tandis que presque partout ailleurs elle peut tester librement et sans autorisation. Tous nos auteurs s'accordent sur la personnalité de ces lois, et la chose a de plus été jugée par trois arrêts. Par le premier, qui est de notre parlement, et qui fut rendu au mois de novembre 1614, le testament d'une femme mariée en Bourgogne, pour avoir été fait sans autorité, fut annulé, même pour les biens qu'elle avait au pays de droit écrit, quoiqu'elle y fût née et que la disposition y eût été faite. » La raison en est que dans l'ancien droit, le statut personnel dépendait du domicile, or la femme, mariée en Bourgogne, y avait pris le domicile de son mari. Sous l'empire du code civil, la décision serait la même, mais pour une autre raison; la femme, en se mariant, suit la nationalité de son mari, et par conséquent abdique son statut d'origine pour son nouveau statut. « Un second arrêt, du parlement de Paris (26 juillet 1679), décida qu'une femme mariée en la coutume d'Auxerre, où elle avait pu tester sans autorité, avait valablement disposé en cette sorte de ses biens, quoique situés en notre Bourgogne, où l'autorisation est nécessaire. Le troisième arrêt, donné au parlement de Tournay (30 mars 1697), cassa le testament d'une femme, née, à la vérité, à Tournay où elle aurait pu tester sans autorité, mais qui était mariée à un homme de Mons, où, suivant la coutume de Hainaut, elle n'avait pas la liberté de tester, pour ne se l'être pas réservée par son contrat de mariage (1). »

Notons encore que cette doctrine générale et cette jurisprudence conforme prouvent qu'il n'est pas exact de dire,

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 118 et 119 (Œuvres, t. Ier, p. 687 et suiv.).

comme on le fait (n° 186), que, dans l'ancien droit, la capacité de tester dépendait du statut réel. C'est la proposition contraire, plutôt, qui est vraie, au moins pour la tradition française.

V. *Des autres incapacités de disposer.*

200. Les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens à compter du jour de l'ouverture de la faillite (C. de comm., art. 442); à partir de ce jour, ils ne peuvent plus faire de donation. Mais ils peuvent tester; le testament ne cause aucun préjudice aux créanciers, puisqu'ils sont payés avant les légataires. Cette incapacité forme un état général pour le failli, et dépend, par conséquent, du statut personnel, d'après les anciens principes et d'après le code Napoléon (art. 3). La seule objection que l'on puisse faire, c'est que la faillite résultant d'un jugement, il faudrait rendre ce jugement exécutoire en pays étranger. J'ai répondu d'avance, en établissant que dans les questions d'état, il n'y avait pas lieu de rendre les jugements exécutoires, tant qu'ils ne concernent que la capacité ou l'incapacité, sans qu'il y ait lieu à faire des actes d'exécution (1). Or, dans l'espèce, le jugement déclaratif de faillite ne reçoit aucune exécution forcée; quant au droit de tester, le failli conserve sa capacité, et quant au droit de donner, il le perd, ce qui aboutit à annuler les donations qu'il ferait.

201. Le décret du 18 février 1809 porte que les religieuses hospitalières ne peuvent, par actes entre-vifs, ni renoncer à leurs biens au profit de leurs familles, ni en disposer soit au profit de la congrégation, soit au profit de qui que ce soit (art. 10). Si elles pouvaient disposer, elles disposeraient régulièrement au profit de leur couvent, et comme la loi ne reconnaît plus de vœux perpétuels, elles se verraient dépouillées de leurs biens, au cas où elles rentreraient dans le monde. Ce motif ne s'applique pas au testament; les hospitalières restent, à cet égard, sous l'empire du droit commun (art. 9).

(1) Voyez ci-dessus, p. 150, nos 84 et suiv.

Les incapacités spéciales à certaines religieuses s'expliquent par notre législation. Toutes les corporations sont abolies; il n'y a d'exception que pour les congrégations hospitalières auxquelles le gouvernement peut accorder ce qu'on appelle la personnification. Les communautés libres, non incorporées, restent soumises au droit commun, comme je le dirai en traitant de l'incapacité de recevoir ; partant, les religieuses aussi sont régies par la loi générale. En fait, il en résulte des abus sans nombre par suite du conflit qui existe entre le droit et la fraude. De droit, il n'y a plus de couvents, plus de vœux perpétuels; en réalité, la fraude a reconstitué les couvents, ils pullulent en France et en Belgique. De droit, il n'y a plus de vœux; et tous les jours on en prononce. Nous avons tous les inconvénients, tous les maux attachés aux corporations religieuses et à la mainmorte, sans avoir les garanties que l'ancien droit donnait à la société, aux familles et aux religieux eux-mêmes. Ainsi les lois anciennes sauvegardaient les intérêts des familles en défendant aux novices de faire donation de leurs biens à aucun monastère; elles leur permettaient seulement de payer une pension alimentaire au couvent, s'il était *pauvre*, et elles avaient soin de fixer le montant de cette *dot*. Sous le régime belge, il ne saurait être question de prohibition de disposer, ni de restrictions des dots. Il est vrai que les communautés non autorisées n'ont pas d'existence légale, et, par conséquent, ne peuvent pas contracter, ni recevoir aucune libéralité; mais ce qui ne peut se faire légalement se fait en fraude de la loi. Dans l'ancien droit, il était de principe que « religieux ne succèdent à leur famille, ni le monastère pour eux ». Les biens des religieux appartenaient à leurs plus proches parents, car ils étaient censés mourir en entrant en religion, et les moines ne pouvaient plus hériter, puisqu'ils étaient morts. Sous le régime belge, les moines sont toujours-censés mourir au monde, puisque c'est là l'essence du monachisme, et les couvents existent au mépris de la loi qui les a abolis; mais les religieux, morts en vertu de leurs vœux, conservent leurs biens, aux yeux de la loi, et ils revivent quand il s'agit

d'accepter une succession; il va sans dire que tout ce qu'ils possèdent et tout ce qu'ils acquièrent passe au couvent. Il n'y a rien à dire, sous ce régime, du statut des religieux et des religieuses, puisque légalement il n'y a plus de moines; ils restent sous l'empire du droit commun.

En France, il y a une loi spéciale sur les congrégations et communautés de femmes; la date qu'elle porte (24 mai 1825) prouve dans quel esprit elle a été faite : le 20 avril de la même année, avait paru la fameuse loi de sacrilége qui punissait de mort la profanation publique des vases sacrés, ainsi que la profanation des hosties consacrées. L'article 5 de la loi sur les couvents porte : « Nulle personne faisant partie d'un établissement autorisé ne pourra disposer par acte entre-vifs ou par testament, soit en faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses membres, au delà du quart de ses biens, à moins que le don ou legs n'excède pas la somme de dix mille francs. »

Les incapacités prononcées par cette loi, de même que celles qui sont établies par le décret de 1809, forment des statuts personnels comme toutes les incapacités; elles suivent donc les religieuses en pays étranger, bien entendu tant qu'elles restent membres de la congrégation autorisée; si elles la quittent, elles rentrent dans le droit commun, qui est la capacité. Quant aux religieuses étrangères, elles ne sont soumises aux lois françaises que si elles sont membres d'une communauté française, légalement autorisée. Les autres restent soumises à leur statut personnel. Il y aurait exception si le statut personnel les considérait comme mortes civilement; la mort civile, dans mon opinion, ne pouvant être invoquée ni en France ni en Belgique, puisqu'elle est contraire à notre droit public (n°s 175-180).

202. D'après l'article 912 du code civil, on ne peut pas disposer au profit d'un étranger. Il en résultait que l'étranger ne pouvait disposer au profit d'un étranger; mais le code ne le déclare pas incapable de donner ou de tester au profit d'un Français. Le silence de la loi donnait lieu à des doutes et à des controverses. Ce débat n'a plus d'intérêt, depuis que les lois de 1819 et de 1865 ont dé-

claré les étrangers capables de disposer, en France et en Belgique. Je renvoie à ce que j'en ai dit dans le cours de ces Etudes (1).

N° 2. DE LA CAPACITÉ DE RECEVOIR.

203. Le code civil établit comme principe que toutes personnes peuvent recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. Une des incapacités établies par le code n'existe plus, c'est celle qui frappait les étrangers ; elle a été abolie en France par la loi du 14 juillet 1819, et en Belgique par la loi du 27 avril 1865. J'en ai longuement parlé dans le cours de ces Etudes, en traitant du droit d'aubaine.

Les incapacités qui subsistent forment-elles des statuts personnels ou des statuts réels? Il faudrait les déclarer réels, si l'on s'en tenait aux principes que Merlin a établis d'après les anciens jurisconsultes, car ce sont des exceptions à la règle de la capacité, elles dérogent donc à l'état général de la personne, et, à ce titre, elles devraient former des statuts réels. J'ai rejeté ces prétendus principes (n° 191) et je rejette l'application mécanique que l'on en voudrait faire aux incapacités de recevoir. Les considérations générales ne sont d'aucune utilité en cette matière; mieux vaut aborder immédiatement les difficultés, en entrant dans le détail des incapacités.

I. *De ceux qui n'existent pas.*

204. L'article 906 du code civil porte : « Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. » Il suffit d'être conçu, dit la loi, parce que l'enfant conçu est censé né, quand il s'agit de ses intérêts. Le principe formulé implicitement par l'article 906 est

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 652, nos 369 et 370.

donc qu'il faut exister pour être capable de recevoir. Si l'on met l'article 906 en rapport avec l'article 905, il faut dire que le principe établi par la première de ces dispositions consacre une exception à la règle établie par la seconde, ce qui serait une absurdité sans nom. En déclarant qu'il faut exister pour recevoir une libéralité, l'article 906 ne fait qu'appliquer un principe tellement évident, que l'on pourrait croire qu'il était inutile de l'insérer dans le code. Il a cependant son utilité, comme je vais le dire. Toujours est-il que l'article 906, loin de déroger au droit commun, ni à l'état général des personnes, contient une des règles les plus générales de droit, à savoir que pour jouir d'un droit quelconque il faut exister, le néant n'étant pas capable de droit. La règle étant générale, il faut décider que le statut est personnel; pour mieux dire, on ne devrait pas même demander quelle est la nature de ce statut; en effet, la question des statuts implique qu'il y a un conflit entre deux lois émanées de souverainetés différentes; or, conçoit-on qu'un législateur dise : Le néant peut recevoir à titre gratuit? Il faut laisser ces débats-là à la scolastique. Mais si sur le principe il ne saurait y avoir de difficulté, il n'en est pas de même des applications.

L'article 906 ajoute : « Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. » Sur la viabilité déjà il pourrait y avoir conflit entre deux législations, puisque le principe adopté par le code civil est combattu par Domat et par Savigny. Je renvoie à ce que j'ai dit sur la capacité de succéder (n° 185).

205. J'ai dit, dans mes *Principes de droit civil*, que ce qui est évident pour les légistes est presque une hérésie pour les gens d'église; je pourrais ajouter et un scandale pour ceux qui n'ont aucune notion du droit. Le néant ne peut avoir un droit. Voilà une vérité que l'on peut comprendre, me semble-t-il, sans être un juriste. Cependant on soutient le contraire, à droite et à gauche. Il m'est arrivé d'écrire que les universités libres sont, légalement partant, le néant, ce qui veut dire qu'elles n'ont aucune

existence aux yeux de la loi, et que, par suite, elles ne peuvent recevoir, à titre gratuit, par donation ou testament. Cela a beaucoup scandalisé un professeur libre. Cependant la loi sur les fondations le dit implicitement en disposant que des fondations peuvent être faites en faveur de l'enseignement *public*. Le rapporteur de la section centrale a expliqué pourquoi les écoles libres ne peuvent pas recevoir de libéralités; la raison est très simple, c'est qu'elles n'existent pas aux yeux de la loi, donc c'est le néant. Je renvoie à mes *Principes de droit civil* où j'ai cité les témoignages (1).

Il y a d'autres *non-êtres* qu'il est plus difficile de convaincre de leur *néant*, c'est l'Eglise avant tout, puis les établissements qu'elle fonde. Depuis que l'Eglise est séparée de l'Etat, elle forme une simple association; or, les associations ne constituent pas un corps, il faut une loi pour les incorporer; tant qu'elles ne sont pas autorisées, elles n'existent pas aux yeux de la loi, elles sont incapables de recevoir, encore une fois, parce que le néant ne saurait recevoir par donation ou par testament. Telle est la situation de l'Eglise en Belgique ainsi que des communautés religieuses non incorporées. J'en ai longuement parlé ici même, dans mon Etude sur les personnes dites civiles. Cela ne fait plus l'objet d'un doute; la cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi en termes formels. Une chose étonne, c'est qu'une pareille question ait été portée devant la cour suprême. Il y a une chose bien plus étonnante, ce sont les prétentions de l'Eglise et de ses établissements; les gens d'église sont, en Belgique comme en France, d'une rare audace, cependant ils n'ont pas encore osé avouer leurs prétentions en justice ni au sein des chambres; mais ils ont beau garder un prudent silence, le pape a parlé, celui-là même qui a proclamé que la papauté est infaillible. C'est donc une vérité de foi que l'Eglise existe non seulement comme personne civile, mais comme *Etat*, ou ce que les ultramontains appellent une société parfaite; le mot est si innocent! On va voir ce qu'il signifie.

(1) Voyez le t. XI de mes *Principes de droit civil*, p. 276, n° 199.

L'Eglise a absolument le même pouvoir que l'Etat, elle a la puissance législative, la puissance judiciaire, et même la puissance exécutive, car les rois ne sont que le bras armé de l'Eglise. Voilà donc le néant qui prétend être au-dessus de l'Etat, au-dessus de la loi, en même temps que hors la loi. Il en est de même des établissements ecclésiastiques. La loi ne les reconnaît point; que leur importe? Ils n'existent pas moins, car ils participent au droit divin de l'Eglise. La loi n'admet point les vœux religieux; qu'importe? L'Eglise les consacre, et les moines, comme tout bon chrétien, obéissent à Dieu, c'est-à-dire à l'Eglise, plutôt qu'aux hommes, c'est-à-dire à la loi. De droit il n'y a pas de couvents, et les couvents qui existent de fait ne peuvent acquérir ni posséder, ils n'ont pas plus de droits que le néant; néanmoins nos couvents acquièrent et possèdent, au mépris de la loi. Légalement il n'y a plus de mainmorte religieuse; de fait il y a une mainmorte, plus illimitée, plus dangereuse que ne l'a jamais été la mainmorte légale.

Telles sont les prétentions de l'Eglise et des établissements ecclésiastiques. Il est d'évidence que tous les actes qui ont pour but de créer une mainmorte illégale ou d'avantager des corporations illégales, sont radicalement nuls; j'entends par là qu'ils sont nuls de plein droit, en vertu de la loi, et qu'ils ne sauraient produire aucun effet. C'est le principe que le code Napoléon pose dans les articles 1131 et 1133 : tout acte qui viole une loi d'ordre public est frappé de nullité radicale, le législateur ne pouvant accorder aucun effet à des conventions ou à des dispositions quelconques par lesquelles les particuliers violent ses prohibitions. Ce principe intéresse l'existence même de la société; car il est impossible qu'une société existe si les lois sur lesquelles elle repose sont incessamment violées.

De là suit que la loi qui déclare inexistante, en la frappant de nullité radicale, une communauté ou association, ou un établissement quelconque qui veut créer une mainmorte illégale, forme un statut réel, en ce sens que la loi territoriale domine tout statut qu'on voudrait lui opposer.

C'est l'application du droit traditionnel qui répute réelle toute coutume, en ce sens qu'elle est souveraine, c'est-à-dire que les coutumes ou lois qui intéressent la souveraineté sont, par cela même, réelles. Or, l'inexistence des corporations illégales ou frauduleuses intéresse au plus haut degré la société, puisque, d'une part, la mainmorte est prohibée dans l'intérêt des familles et de l'Etat, et que, d'autre part, le respect dû à la loi est la base de l'ordre social.

206. L'application de la théorie des statuts aux corporations soulève de graves difficultés; je les ai examinées dans une de mes Etudes, à laquelle je renvoie (1), en me bornant ici à constater les résultats. Il n'y a pas de corporations sans loi, et les corporations n'ont pas de statut personnel. Ces deux principes dominent toute la matière. Il s'ensuit qu'une corporation religieuse, quoique reconnue dans le pays où elle est établie, n'aurait aucune existence en France ni en Belgique. D'après notre législation, elle ne pourrait être autorisée que par la loi; il en serait de même en France, s'il s'agissait d'une communauté d'hommes; quant aux communautés de femmes, elles devraient, pour avoir une existence légale en France, être autorisées dans les formes et sous les conditions prescrites par la loi du 24 mai 1825 (n° 201). Tant que les corporations étrangères n'auraient pas obtenu cette autorisation légale, elles n'existeraient pas aux yeux de la loi; ce serait un *non-être,* frappé d'incapacité radicale, comme l'enfant non conçu. Elles ne peuvent invoquer leur droit divin, puisque nos lois ne reconnaissent pas ce prétendu droit divin; et elles ne peuvent se prévaloir de la loi qui leur a donné l'être dans le pays où elles ont été formées, puisque les lois qui créent des corporations sont réelles de leur nature, et, par conséquent, limitées à leur territoire. Donc, les corporations étrangères, quoique reconnues à l'étranger, seraient incapables de recevoir une libéralité en France et en Belgique (2). Il y a un avis en

(1) Voyez le tome IV de mes Etudes, p. 152 et suiv., chap. II.
(2) Voyez le tome IV de mes Etudes, nos 119-129.

sens contraire du conseil d'Etat de France (1). Je crois que cet avis est en opposition avec les principes les plus élémentaires de droit; mais telle est l'incertitude qui règne dans cette matière, que la doctrine est tout aussi incertaine que la pratique administrative. C'est le motif pour lequel j'ai consacré une longue étude à établir les vrais principes : j'y renvoie. Une fois que les principes sont certains, la nature du statut n'est plus douteuse.

207. Quelle est la situation, en pays étranger, des corporations qui y sont reconnues? Tels sont l'Etat, les communes et les provinces; tels sont encore, dans l'opinion générale, les établissements publics qui dépendent des communes, les hospices, les bureaux de bienfaisance; dans mon opinion, ces établissements devraient être reconnus à l'étranger pour y avoir une existence légale. En les supposant reconnus, quelle sera leur situation? On enseigne généralement que les corporations ont partout les droits qui leur sont accordés dans le pays où elles ont obtenu la personnification. Cela est vrai en ce sens que les corporations ne peuvent pas avoir à l'étranger des droits que ne leur donne pas leur charte d'incorporation; elles n'existent que par la loi qui les a reconnues comme êtres fictifs : en dehors de cette fiction, elles n'ont pas d'existence légale; mais il faut, à mon avis, ajouter une restriction à cette doctrine, c'est qu'à l'étranger les corporations n'existent qu'en vertu de la reconnaissance expresse ou tacite qui leur est accordée; or, cette reconnaissance ne peut leur donner des droits plus étendus que ceux dont jouissent les corporations créées par l'Etat où elles sont reconnues. Ainsi, les établissements étrangers reconnus en Belgique seront soumis aux principes qui régissent les établissements belges. Ils ne pourront donc recevoir, à titre gratuit, que dans les cas où les établissements de même nature existant en Belgique peuvent recevoir, et sous les restrictions qui leur sont imposées : une fabrique d'église, par exemple, ne pourrait recevoir

(1) Avis du 12 janvier 1854. Voyez la critique que j'ai faite de cet Avis dans ces Etudes, t. IV, p. 263, nº 134.

une libéralité pour l'enseignement, pas même pour les écoles qu'elle posséderait à l'étranger. Je renvoie, pour les motifs, à l'Etude que j'ai consacrée aux personnes civiles.

En Belgique, de même qu'en France, les établissements publics ne peuvent recevoir des libéralités par donation ou par testament qu'avec l'autorisation du gouvernement (C. Nap., art. 910). Cette règle est applicable aux corporations étrangères, quand même l'autorisation ne serait pas exigée dans le pays où elles se sont formées. Le conseil d'Etat de France l'a décidé ainsi dans l'avis précité, et cela est d'évidence. Mais un autre avis a jugé qu'une donation consistant en valeurs mobilières était valable, sans autorisation, quand elle est faite par un étranger à un établissement étranger. J'ai dit ici même que je ne saurais approuver cette décision (1). La distinction, en cette matière, de donations mobilières et immobilières n'a pas de raison d'être; un établissement, quel qu'il soit, est une fiction, et il ne suffit point que l'être fictif soit reconnu pour être capable de recevoir ; il faut, de plus, une autorisation pour chaque libéralité, et cette autorisation forme un statut réel, puisqu'elle est de droit public; il n'y a pas à distinguer si le donateur est étranger ou indigène. C'est une incapacité de recevoir, la plus absolue de toutes, puisque en dehors des conditions sous lesquelles les corporations sont capables de recevoir, elles sont assimilées aux enfants non conçus, c'est-à-dire au néant.

II. *Des mineurs et de leurs tuteurs.*

208. L'article 907 du code civil porte : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. » Quand le mineur est parvenu à l'âge de seize ans, il peut tester dans les limites établies par l'article 904 (n° 188), mais il ne peut pas faire de testament au profit de son tuteur. Il résulte de cette incapacité de disposer qui frappe le

(1) Voyez le tome IV de ces Etudes, p. 274, n° 139.

mineur, une incapacité de recevoir à l'égard du tuteur. La loi craint que le tuteur n'abuse de l'influence qu'il a sur son pupille, et que celui-ci n'ait point la liberté d'esprit requise pour les actes de dernière volonté. La double incapacité subsiste, alors même que le mineur est devenu majeur, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu; la raison en est que le mineur, quoique majeur, est toujours sous la dépendance de son tuteur, tant que celui-ci n'a pas rendu ses comptes; cela est si vrai que, dans l'ancien droit, on avait admis la fiction que le mineur, même après sa majorité, restait mineur jusqu'à la reddition du compte de tutelle. Cette présomption d'incapacité était fondée sur la réalité des choses; le pupille n'a pas l'indépendance qui est nécessaire pour disposer librement.

Il suit de là que l'article 907 forme un statut personnel. On pourrait croire, et cela a été dit, que la loi a principalement en vue les biens du mineur, que le législateur veut lui conserver. Il est certain que toute disposition qui défend à une personne de donner et à une autre de recevoir a pour résultat de conserver les biens dans le patrimoine de celui qui est empêché de les donner à la personne qu'il voudrait gratifier; mais cela ne prouve pas que le législateur ait eu principalement en vue la conservation des biens dans la famille, il faut voir les motifs pour lesquels la loi a établi l'incapacité de donner et de recevoir ; or, dans l'espèce, ces motifs sont tout à fait personnels, c'est la dépendance dans laquelle le pupille se trouve à l'égard de son tuteur; donc l'article 904 est une conséquence de son incapacité. Ce qui prouve à l'évidence que la loi n'a pas pour but de conserver les biens du mineur, c'est qu'elle lui permet d'en disposer au profit de qui il veut, pendant sa minorité, dans les limites de l'article 904, et, après sa majorité, sans restriction aucune, sauf celle qui résulte de la réserve; le tuteur seul est excepté, et, à sa majorité, le pupille peut tout donner à son tuteur, après que celui-ci a rendu ses comptes, c'est-à-dire alors que le mineur a la liberté d'esprit, sans laquelle la donation et le testament ne se conçoivent pas. Si donc le mineur est incapable de disposer

et le tuteur incapable de recevoir, c'est à raison de la puissance tutélaire, partant, de l'état du mineur. L'incapacité découlant de l'état de minorité forme par cela même un statut personnel; si elle suit le mineur partout, il ne peut pas plus disposer des biens qu'il possède à l'étranger que de ceux qu'il possède en France. C'est que la protection accordée à l'incapable doit l'accompagner partout pour qu'elle soit efficace : conçoit-on que la loi protége le mineur pour les biens qu'il a en France, et qu'elle ne le protége pas pour les biens qu'il aurait en Angleterre? Par contre, si la loi anglaise n'empêche pas le mineur de disposer au profit de son tuteur, c'est qu'elle suppose qu'il n'a pas besoin d'être protégé. Tout ce que la loi française lui doit, dans cette supposition, c'est de maintenir la protection telle qu'elle est organisée par la loi personnelle du pupille. C'est l'opinion que j'ai enseignée dans mes *Principes de droit civil* (1).

III. *Des médecins et de leurs malades.*

209. Les médecins qui ont traité une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de sa maladie (C. Nap., art. 909). Pour savoir quelle est la nature de cette prohibition, il faut entendre Ricard, un de nos meilleurs jurisconsultes. « On répute incapables, dit-il, de recevoir les médecins, les chirurgiens et les apothicaires, à cause du grand empire qu'ils ont sur les esprits de ceux qu'ils traitent; leur autorité est d'autant plus à craindre que la faiblesse de ceux auxquels ils ont affaire est ordinairement réduite à sa plus grande extrémité lorsqu'ils ont besoin de leur secours; de sorte qu'il n'y a rien que les docteurs n'exigent de leurs malades, pour l'espérance qu'ils leur donnent de les guérir. » Ricard cite les paroles d'un Père de l'Eglise qui sont très dures pour les méde-

(1) Voyez le t. Ier de mes *Principes*, p. 175, no 110, et le t. XI, p. 453, nos 329 et 330. Dans le même sens, Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122, note.

cins : « Ceux qui exercent cet art, dit Tertullien, ont l'industrie de nourrir et fomenter les maladies, pour avoir d'autant plus d'influence sur leurs malades (1). Sans s'associer à ces imputations odieuses, le législateur a redouté l'empire que les médecins ont sur celui qu'ils traitent et qui disposerait en leur faveur : ce sont les expressions de l'orateur du gouvernement (2).

L'article 909 étend cette prohibition aux ministres du culte, par identité de motifs; c'est, dit Pothier, à raison de l'empire que les confesseurs et directeurs acquièrent d'ordinaire sur leurs pénitents, et surtout sur l'esprit de leurs pénitentes (3).

C'est une disposition analogue à celle de l'article 907; les motifs de l'incapacité étant les mêmes, la nature du statut doit être identique; c'est une incapacité, donc le statut est personnel. Cependant la question est controversée. M. Brocher avoue que les apparences sont pour la personnalité de la loi; mais il croit que les vrais caractères du statut personnel font défaut, en ce sens qu'il n'y a rien là qui affecte les personnes d'une manière plus ou moins permanente : il ne s'agit que d'un fait passager (4). Eh! qu'importe? Une maladie mentale passagère serait certainement une cause d'incapacité, et toute incapacité forme un statut personnel. La minorité est aussi un état passager, et qui a jamais douté de la personnalité de ce statut? Parmi les anciens auteurs, il y en avait qui considéraient comme réelles les exceptions qu'une loi apportait à l'état général de la personne; mais cette doctrine est généralement rejetée; le code civil ne la favorise pas, et, en principe, toute incapacité personnelle doit dépendre du statut qui régit la personne. Il n'y a que les réalistes, tels que Fœlix, qui maintiennent l'ancienne doctrine, parce qu'ils considèrent la personnalité des statuts comme une exception à la règle d'après laquelle toute coutume est réelle (5). C'est un anachronisme. Le code civil consacre,

(1) Ricard, *Des Donations*, t. Ier, p. 123 et suiv., nos 495, 496 et 502.
(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, no 8 (Locré, t. V, p. 314).
(3) Pothier, *Des Donations*, no 38, 7o.
(4) Brocher, *Droit international privé*, p. 262
(5) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 64 (4e édition).

à la vérité, la tradition, mais il ne dit pas que *toute coutume* est réelle, et il ne dit pas que le statut personnel est une exception à la réalité; l'article 3 dit plutôt le contraire, car il établit deux règles, l'une concernant les statuts immobiliers qu'il déclare réels, l'autre concernant les lois qui règlent la capacité, qu'il déclare personnelles, et le code met ces deux règles sur la même ligne, ce qui est la vraie théorie.

210. Il est vrai, comme le dit M. Brocher, qu'il en résulte des complications, quand le disposant et le donataire ou légataire ont des statuts différents à raison de leur nationalité diverse. M. Demangeat dit qu'en cas de conflit il faut plutôt suivre la loi du disposant. Cela est douteux; la prohibition est établie contre les médecins ou ministres du culte; c'est une incapacité de recevoir, d'où résulte une incapacité de disposer; mais le texte de la loi considère l'incapacité de recevoir, comme étant la disposition principale: « Les docteurs en médecine et en chirurgie... ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires. » Si le médecin peut recevoir d'après son statut personnel, par cela même le malade pourra lui donner; la capacité de recevoir entraîne la capacité de disposer, de même que l'incapacité de recevoir entraîne l'incapacité de disposer. L'opinion contraire est professéepar M. Bertauld. Si le disposant est Français, dit-il, il est incapable, quand même le médecin serait étranger et capable, d'après son statut personnel, et, par suite, la disposition serait nulle. Cette décision ne me paraît pas en harmonie avec la raison de la loi : si la libéralité qu'un malade fait à son médecin est nulle, c'est parce que le législateur présume qu'il y a abus d'influence; or, quand la loi personnelle déclare le médecin capable de recevoir, elle déclare par cela même que cet abus n'est pas à craindre, dès lors il n'y a plus de motif d'annuler la disposition. Si le disposant est étranger et capable, d'après son statut national, de donner à son médecin, lequel est incapable parce qu'il est Français ou Belge, la libéralité sera-t-elle valable? Oui, d'après M. Demangeat; non, d'après M. Bertauld, puisque le donataire ou le légataire est incapable :

or, dès que le médecin ne peut recevoir, l'on se trouve dans l'hypothèse que le législateur a eue en vue; il y a crainte d'influence illicite; il faut annuler. Si le médecin et le malade étaient étrangers, le statut étranger devrait l'emporter. Toutefois il se présente une nouvelle difficulté. Si la libéralité consistait en immeubles, ne faudrait-il pas appliquer l'article 3 du code Napoléon, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française? J'ai répondu d'avance à ce doute. Si l'on admet que la capacité, en matière de succession, forme un statut personnel, il faut appliquer la dernière disposition de l'article 3; l'étranger sera gouverné, en France, par sa loi nationale, même quand il s'agit de disposer d'immeubles qui y sont situés; car la loi d'incapacité n'a pas pour objet direct les immeubles, elle n'a en vue que la personne; les biens n'en sont affectés qu'accessoirement. C'est l'opinion que l'on suivait généralement dans l'ancien droit pour le statut de majorité, les réalistes exceptés; il faut appliquer le même principe à toute incapacité (1).

IV. *Des enfants naturels.*

211. Aux termes de l'article 908 du code Napoléon, les enfants naturels ne peuvent, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. Quelle est la nature de ce statut? La question est controversée, et il y a doute. Il faut d'abord entendre les motifs sur lesquels est fondée l'incapacité des enfants naturels, d'après les auteurs du code civil. L'orateur du gouvernement dit que c'est pour honorer et pour encourager les mariages que les enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes prérogatives que les enfants légitimes (2). Cela n'est pas tout à fait exact. On conçoit qu'il y ait une différence, dans la succession

(1) Comparez Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 31, nos 34-38; et Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122, note.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 15 (Locré, t. V, p. 346 de l'édition belge).

légitime, entre les enfants naturels qui sont en concours avec des enfants légitimes, la loi ne pouvant pas mettre le concubinage sur la même ligne que le mariage; mais, dans l'espèce, il s'agit de la succession testamentaire ou contractuelle. Quand le père dispose par testament ou par donation au profit de son enfant naturel, celui-ci n'est point avantagé à titre de bâtard, au mépris des enfants légitimes; il est donataire ou légataire, comme le serait un étranger, non en vertu de la loi, mais en vertu de la disposition de l'homme.

Toullier dit que le législateur doit empêcher que la barrière qu'il a établie entre les enfants naturels et les enfants légitimes ne soit détruite par l'affection désordonnée des père et mère (1). Soit. Mais l'article 908 va plus loin; il limite la capacité de recevoir de l'enfant naturel, même dans le cas où il est en concours avec des collatéraux. Si le père a plus d'affection pour ses enfants que pour des collatéraux, pourquoi flétrir cette affection de désordonnée? Ce n'est pas l'amour du père pour ses enfants qui est blâmable, c'est l'union illicite qui a donné naissance à l'enfant. Mais la naissance est un fait providentiel; la nature veut que le père aime ses enfants; pourquoi la loi lui défend-elle de leur donner un témoignage de son affection? Il ne reste que la vague raison des bonnes mœurs, dont il faut se défier, car elle tendrait à *réaliser* tous les statuts.

212. Même en prenant au pied de la lettre tout ce que disent les auteurs du code civil et ses interprètes, le statut doit être réputé personnel. Le législateur a voulu honorer le mariage et réprouver le concubinage; c'est donc un motif d'état qui l'a déterminé; voilà pourquoi le père peut donner tous ses biens à l'enfant naturel quand il n'y a pas de parents légitimes; dans ce cas, l'honneur du mariage est hors de cause. Ainsi, que la loi déclare l'enfant naturel incapable ou capable de recevoir, c'est toujours l'honneur dû au mariage qui dicte ses dispositions, donc le statut est personnel. On objecte que le but principal du

(1) Toullier, *Droit civil*, t. III, 1, p. 72, n° 71 (édition de Duvergier).

législateur est de confirmer le système de succession qu'il a établi, quand il y a concours de parents légitimes et d'enfants naturels, or, la transmission des biens à la famille légitime forme un statut réel; parce qu'elle a pour objet la conservation des biens dans la famille. L'article 908 a le même but, donc le statut de l'incapacité de recevoir est réel, que l'enfant reçoive par succession *ab intestat*, ou par succession testamentaire ou contractuelle (1). Il est vrai que le législateur a pour objet de maintenir, quant à l'enfant naturel, l'ordre de succession qu'il a établi; mais la question est de savoir pourquoi il veut le maintenir; or, lui-même l'a dit : c'est pour honorer le mariage, donc, pour un motif personnel, qui concerne l'état des personnes. Il n'a pas pour objet de conserver les biens dans les familles, comme on le prétend, car le père de l'enfant naturel, s'il ne laisse pas d'enfants légitimes ni d'ascendants, peut donner tous ses biens à des étrangers, en excluant les collatéraux, c'est-à-dire la famille.

M. Demolombe fait une autre objection; il dit que le but essentiel de la loi n'est pas d'affecter la capacité générale du père et de l'enfant; c'est une incapacité particulière dont l'effet est de restreindre la quotité des biens que l'enfant peut recevoir; donc, le législateur a en vue les biens et non la personne (2). Je viens de répondre à l'objection en répondant à Fœlix; elle tient à une opinion professée dans l'ancien droit par les réalistes; et le code n'a pas consacré le réalisme; la tradition, en cette matière, est flottante; on peut dire qu'elle obéissait à la loi du progrès qui préside à toutes les manifestations de l'esprit humain; la vieille maxime était que toute coutume est réelle et qu'il fallait restreindre l'exception de la personnalité à l'état général des personnes, en excluant même la personnalité dès qu'il y avait des immeubles engagés dans le débat. Cette maxime, féodale dans son essence, perdait, tandis que la personnalité gagnait chaque

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 52 et 53 (art. 3, n° IV).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 89, n° 81.

jour du terrain (1); c'est dans cet esprit qu'il faut interpréter l'article 3 du code civil, non pas qu'il faille déclarer tous les statuts personnels; quand la tradition est certaine, on doit l'accepter; il en est ainsi en ce qui concerne les successions; mais, sur le statut de capacité, il y avait controverse, l'ancien droit penchait en faveur de la personnalité; c'est une raison déterminante pour interpréter l'article 3 en ce sens.

M. Demangeat se prononce régulièrement pour la personnalité des statuts que Fœlix déclare réels. Il enseigne que l'incapacité qui frappe le père naturel le suit en pays étranger, et il conclut que le père ne peut pas donner à son enfant naturel, fût-il étranger, les biens qu'il possède en pays étranger, en dépassant la quotité que le code civil l'autorise à lui donner. C'est mon avis, mais je ne voudrais pas dire avec M. Demangeat que la loi veut uniquement punir le père naturel, et que c'est à la loi personnelle à voir quelle peine il mérite (2). Le texte même du code civil prouve qu'il ne s'agit pas d'une peine : le père est toujours également coupable, cependant son incapacité varie selon la qualité et le nombre des héritiers avec lesquels l'enfant concourt. Il y a plus, quand il ne reste plus de parents légitimes, le père peut tout donner à son enfant : est-ce à dire qu'il cesse d'être coupable quand le hasard veut qu'il n'ait pas de parents légitimes?

Que faut-il dire du père étranger dont l'enfant est Français, en supposant que sa loi nationale lui permette de disposer à titre gratuit au profit de son enfant, sans restriction aucune? M. Bertauld répond que l'enfant français étant incapable, la loi française ne peut concourir à la violation de ses dispositions (3); ce qui revient à dire que la loi territoriale l'emporte, dans ce cas, sur la loi personnelle. Cela me paraît très douteux. Est-il vrai que le père étranger qui donne à son enfant ce que la loi personnelle l'autorise à lui donner, viole la loi française? C'est

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 353, n° 255.
(2) Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122, note *a*.
(3) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 32, nos 39 et 40.

précisément là la question; dire qu'il la viole, c'est résoudre la question par la question. Les termes mêmes de l'article 908 impliquent qu'il s'agit d'une incapacité de disposer qui frappe le père naturel; c'est en ce sens que M. Demangeat dit que la loi le punit; dès que le statut personnel ne voit aucun obstacle moral à ce que le père naturel dispose au profit de son enfant, celui-ci n'est plus incapable, la raison de son incapacité venant à cesser.

213. La question a encore une autre face. Un statut peut être personnel, et néanmoins être dominé par le statut territorial du pays où l'étranger s'en prévaut. Or, on pourrait dire que la loi française est fondée sur les bonnes mœurs et en tirer la conséquence qu'elle l'emporte sur le statut national de l'étranger. Même ainsi posée, la question doit, à mon avis, être résolue négativement. Les bonnes mœurs ne s'opposent pas directement à ce qu'un étranger donne à son fils Français au delà de la quotité fixée par l'article 908. Même entre Français, je doute que la moralité ait gagné à la sévérité, pour mieux dire, à la dureté que le législateur français témoigne aux enfants naturels. Mais il ne peut pas imposer aux lois étrangères sa manière de concevoir l'intérêt de la morale. Ma conviction est qu'il s'est trompé, et telle est l'opinion à peu près générale, en ce sens du moins que le code Napoléon est d'une rigueur excessive. Est-ce qu'une erreur en fait de morale va devenir une de ces lois réelles qui dominent la loi étrangère, parce que la conservation de la société l'exige?

La question est plus difficile quand il s'agit de l'incapacité des enfants adultérins ou incestueux. En parlant de la filiation de ces êtres malheureux, j'ai dit que le code Napoléon les traite avec une rigueur draconienne, dans l'intérêt des bonnes mœurs; les témoignages sont si précis, si unanimes, qu'il est impossible de reculer devant la conséquence : le législateur n'a pas voulu reconnaître des enfants qui sont le fruit du crime. Au titre des *Successions*, il suit le même système, en leur refusant tout droit sauf les aliments; encore faut-il faire violence à la loi pour donner aux enfants adultérins et incestueux le moyen

de réclamer la créance alimentaire que la loi leur accorde, tout en prohibant leur reconnaissance. Chabot dit, dans son rapport au Tribunat : « Ce n'est qu'avec regret que la loi s'occupe des enfants adultérins ou incestueux. Ils existent; il faut bien qu'elle leur assure des aliments, mais elle ne leur confère aucun autre droit. Le crime qui leur a donné naissance ne permettrait pas de les traiter comme des enfants nés de personnes libres (1). » L'article 908 confirme cette rigueur, en défendant au père de leur donner plus que des aliments (2). Que cette défense suive le père français à l'étranger, et qu'elle s'applique aux biens qui y sont situés, cela n'est pas douteux; je crois qu'il faudrait même l'appliquer aux libéralités qu'un père étranger aurait faites à son enfant adultérin ou incestueux sur des biens situés en France; c'est la conséquence logique de la réprobation qui pèse sur ces êtres misérables.

V. *Des conséquences de l'incapacité de recevoir.*

214. « Toute disposition au profit d'un incapable sera *nulle*, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées » (C. Nap., art. 911). Quel est le caractère de cette nullité? Il y a des cas dans lesquels la disposition est nulle, en ce sens qu'elle n'existe pas aux yeux de la loi et qu'elle ne produit aucun effet; la donation ou le legs sont considérés comme non avenus. La jurisprudence des cours de Belgique applique ce principe quand une libéralité est faite à une congrégation religieuse non autorisée; un non-être ne peut recevoir, et ce qu'il reçoit est non existant, comme le néant qui est gratifié (3). La jurisprudence française applique le même principe aux libéralités déguisées ou par personnes interposées faites à des congrégations reconnues; dans ce cas, la fraude a pour but d'échapper à la nécessité de l'autorisation, et comme

(1) Chabot, *Rapport sur le titre des Successions*, n° 28 (Locré, t. V, p. 119 de l'édition belge).
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes de droit civil*, p. 501, n°s 371 et 372.
(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, n° 182.

l'autorisation est d'ordre public, on décide, avec raison, que l'acte fait en fraude de la loi est par cela même frappé d'une nullité radicale, et ne saurait produire aucun effet (1). Toute loi concernant l'incapacité absolue qui frappe des congrégations illégales ou frauduleuses, forme un statut réel, car les plus graves intérêts de la société sont engagés dans ces débats, comme je l'ai dit dans mon Etude sur les *Personnes civiles* (2). Quand la nullité est seulement d'intérêt privé, l'ordre public est hors de cause, et, partant, il n'y a plus de motif de déclarer réel le statut de nullité. La nullité est la conséquence de l'incapacité et elle en prend la nature.

215. L'article 911, 2e alinéa, porte : « Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. » On demande quelle est la nature de cette loi? Ricard dit très bien que lorsque la loi établit des présomptions d'interposition de personnes, c'est pour empêcher que les lois ne soient éludées, et elle le fait en retranchant les principales occasions par lesquelles on leur pourrait faire fraude (3). Comme il n'y a pas de plus grand intérêt que celui de l'observation de la loi, on en pourrait induire que le statut est toujours réel, en ce sens qu'il peut être opposé à l'étranger dont la loi personnelle serait moins rigoureuse. Mais ne serait-ce pas pousser la sévérité trop loin? Si par elle-même la disposition est d'intérêt privé, ce qui, dans l'espèce, exclut la réalité du statut, il faut, me semble-t-il, s'en tenir au principe, que les dispositions accessoires prennent la nature du principal. Le statut de l'article 911 sera donc réel, comme étant d'intérêt général, quand il s'agit de la nullité des dispositions faites à des corporations religieuses qui se sont établies en fraude de la loi, ou qui veulent frauder la loi en dépassant les limites de leur existence fictive. Sur ce point il n'y a aucun doute. Mais quand il s'agit de nullités d'intérêt privé, le statut étant personnel, la sanction aussi le sera. Pourquoi faire de la

(1) Montpellier, 24 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 114).
(2) Voyez le t. IV de ces Etudes, p. 237, n° 121, et toute l'Etude.
(3) Ricard, *Des Donations*, t. Ier, p. 186, nos 714-716.

loi française, peut-être trop sévère, une disposition réelle qui dominerait les lois étrangères, plus indulgentes, alors qu'une libéralité excédant la quotité fixée par la loi aurait été faite à un enfant naturel? Toutefois, à mon grand regret, je me vois forcé d'ajouter une restriction, quand la libéralité s'adresse à un enfant adultérin ou incestueux; la logique des principes le demande; il n'y a d'autre moyen de changer la rigueur de la loi que de la modifier.

Le principe que j'applique en cette matière est emprunté à M. Brocher; c'est le plus simple tout ensemble et le plus juridique : l'accessoire ne saurait avoir d'autre nature que le principal (1). M. Bertauld a un autre système, beaucoup plus sévère; il peut y avoir conflit entre trois lois, celle du disposant, celle du gratifié, celle de la personne interposée; il suffit que la disposition soit nulle, comme étant faite par une personne présumée interposée, pour que le statut de nullité soit applicable (2). L'auteur ne donne aucun motif à l'appui de sa décision; il me semble qu'elle est en opposition avec le principe qui domine cette matière. L'incapacité forme, en principe, un statut personnel; la loi territoriale ne doit l'emporter que si la prohibition de recevoir est fondée sur un intérêt social; M. Bertauld ne tient aucun compte de cette considération qui, à mon avis, est essentielle.

SECTION III. — Qui succède?

§ Ier. — *De la réalité et de la personnalité du statut.*

216. La cour de cassation de France dit que tout est réel dans le statut des successions; elle invoque la tradition à l'appui de ce système absolu. On dit, en effet, que la réalité dominait dans l'ancien droit, en cette matière. Cela n'est pas tout à fait exact. Nous avons trouvé le principe de la personnalité, comme opinion isolée, il est vrai, chez les glossateurs. Cujas se prononça en faveur

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 263.
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 34, nos 43-44.

de ce principe; il suffit de ce grand nom pour que l'on ne puisse pas accepter la réalité comme une doctrine incontestable. On sait qu'au dix-huitième siècle la personnalité l'emporta dans la science et dans la pratique en Allemagne. C'est un fait considérable, et qui ne se comprendrait guère, si jusque-là la réalité avait régné en maîtresse absolue : comment concevoir que subitement les auteurs et les tribunaux eussent changé de système? Telle n'est pas la marche qui préside au développement des idées; la vérité aperçue par un obscur glossateur est déposée dans la science; on commence par n'en tenir aucun compte; mais la vérité se répand par la force qui lui est propre : l'idée fait son chemin, sans que l'on s'en doute, elle se communique par des voies invisibles jusqu'à ce qu'un jour elle éclate, comme si elle tombait du ciel tout armée, semblable à Minerve. Il y a, en effet, une influence divine dans la vie de l'humanité; gardons-nous de la contester, car c'est une grande force pour les hommes qui sont à la recherche de la vérité; et on la contesterait vainement; le jour vient où elle se montre avec éclat, et comme la lumière du soleil, elle inonde les esprits.

217. En France, et malgré l'autorité de Cujas, la réalité l'emporta définitivement. Au seizième siècle, c'était déjà une doctrine incontestée, elle fut écrite dans les coutumes (1); les statutaires n'élèvent aucun doute, ils semblent ignorer que jamais l'opinion contraire ait été soutenue, et aujourd'hui encore elle règne dans la jurisprudence française, avec le caractère qu'elle avait dans l'ancien droit. On distinguait les successions mobilières et les successions immobilières; on abandonnait la transmission des meubles, y compris les droits mobiliers, au statut personnel; mais on maintenait la réalité pour les immeubles (2). Cette distinction entre les meubles et les immeubles, que dans notre état social et économique nous

(1) Voyez les coutumes suivantes : Laon, art. 67; Châlons, art. 66; Reims, art. 238; Amiens, art. 96; Chauny, art. 56; Ponthieu, titre Ier, art. 1er : Péronne, art. 201, Artois, art. 152; Vermandois, art. 57; Bretagne, art. 201; Normandie, art. 67.

(2) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 168 et suiv.

avons de la peine à comprendre, nous indique l'origine de la réalité du statut des successions; elle remonte à une époque où la richesse mobilière était nulle, et là où elle existait, on la méprisait comme chose vile, de même qu'on méprisait ceux qui la possédaient. Les immeubles constituaient la richesse des barons féodaux, et comme la terre donnait la souveraineté à ses possesseurs, la transmission des immeubles prenait l'importance de la transmission de la puissance souveraine. Il est vrai que la féodalité politique succomba sous les coups de la royauté unie aux légistes, mais elle avait jeté de si profondes racines dans le sol, qu'elle continua à régner dans l'ordre civil; il fallut une révolution pour la déraciner, encore en resta-t-il une trace dans la théorie des statuts que l'article 3 du code consacra en maintenant implicitement la distinction des meubles et des immeubles, sur laquelle reposaient les statuts des successions. Les auteurs du code civil ne se doutaient peut-être pas de cet immense anachronisme; il n'en est pas moins certain qu'en reproduisant la distinction entre les meubles et les immeubles, notamment dans la matière des statuts, ils conservaient une règle féodale, au sortir d'une révolution qui avait voulu extirper la féodalité (1). Il importe de constater la filiation du statut réel des successions, pour apprécier la théorie traditionnelle à laquelle le code civil donna une autorité nouvelle.

218. L'article 3 du code civil, sur lequel on fonde la réalité du statut des successions, ne prononce pas le mot de succession; on induit la nature du statut de ce que le code dit des immeubles qui sont régis par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers. Portalis, en exposant les motifs du Titre préliminaire, cherche à donner un fondement rationnel à la réalité du statut immobilier; il n'en trouve d'autre que la souveraineté. On considérait jadis la souveraineté comme essentiellement territoriale; elle devait donc embrasser toutes les parties du territoire, c'est-à-dire tous les immeubles. Dans

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 302, n° 163.

cet ordre d'idées on ne pouvait admettre qu'un étranger vînt, en vertu de sa loi personnelle, prendre, dans une succession, des immeubles situés en France; c'eût été soustraire à la puissance souveraine, qui s'étend sur tout le territoire, une fraction de ce territoire, ce qui aurait abouti à diviser la souveraineté, c'est-à-dire à l'anéantir (1). Rocco, le savant jurisconsulte napolitain, répète l'argumentation de Portalis, en traitant du statut des successions. « La disposition des biens, dit-il, est régie par la loi du pays où ils sont situés. Il appartient à la souveraineté de chaque Etat de régler le mode de posséder et de transmettre les biens qui se trouvent sur son territoire. Si l'on n'applique pas le même principe aux meubles, c'est qu'ils n'ont point d'assiette, par suite, la puissance souveraine n'a aucun intérêt à les régir : ils sont une dépendance de la personne, c'est au statut personnel d'en régler la transmission (2). »

J'ai montré, dans tout le cours de ces Etudes, l'inanité de la distinction entre les meubles et les immeubles. Elle ne s'explique que par l'histoire. La théorie de la souveraineté d'où elle découle est celle du régime féodal; au moyen âge, il était vrai de dire que la puissance souveraine est territoriale, car elle était attachée au sol, pour mieux dire, la terre était souveraine; dans cette étrange conception, on ne comprenait même pas que la loi d'un territoire pût régir un autre territoire, c'eût été vouloir qu'une terre s'étendît hors de ses limites. Mais on ne comprend pas non plus comment une doctrine née dans l'isolement féodal soit encore invoquée au dix-neuvième siècle pour justifier la réalité des statuts immobiliers, et notamment des successions immobilières. Est-ce que la terre est encore souveraine? Est-ce que les peuples vivent encore dans un isolement hostile? Est-ce que la puissance souveraine consiste encore dans l'empire qu'elle exerce sur les immeubles? Tout est changé, à tel point que l'on ne comprend plus le droit traditionnel, qu'en recourant à l'his-

(1) Portalis, *Second Exposé des motifs*, nos 14 et 15 (Locré, t. Ier, p. 304). Comparez le t. II de ces Etudes, p. 257, no 136.

(2) Rocco, *Dell' uso e autorita delle leggi delle Due Sicilie*, p. 400.

toire. Ce ne sont plus les territoires qui gouvernent, ce sont les hommes, et la personnalité humaine a aussi sa souveraineté qui doit être respectée, puisque la puissance souveraine n'a point d'autre objet que de garantir et de protéger l'exercice des droits individuels, moyens que la nature et la loi donnent à l'homme pour l'aider dans son travail de perfectionnement. Qu'est-ce que le droit de succession dans ce nouvel ordre d'idées? S'agit-il encore de transmettre des terres auxquelles la suzeraineté est attachée? Savigny dit que c'est une extension de la personnalité humaine (1); le mot est très juste, et il implique toute une révolution: c'est la personne qui prend la place du sol

La personne est souveraine dans la sphère des intérêts privés; le plus important de ces droits, c'est la propriété; elle est le complément de l'individualité humaine: sans elle, comme le dit un de nos vieux statutaires (2), l'homme n'est qu'une vaine ombre, ou un corps sans vie. Or, la propriété ne se conçoit pas sans le droit de la transmettre à ceux qui nous sont chers, c'est pour eux que nous travaillons, l'affection nous identifie avec eux, nous ne faisons qu'une seule personne; l'héritier continue notre personnalité, et nous continuons à vivre dans ceux à qui nous laissons le produit de notre travail, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus personnel au monde. Pourquoi les mots *personne* et *personnel* se retrouvent-ils à chaque ligne de cette nouvelle théorie des successions? C'est que la personne y joue le grand rôle; donc la loi qui régit la personne doit dominer dans la transmission de ses biens qui s'opère à sa mort, car la loi personnelle du défunt est aussi une expression de ses sentiments et de ses idées; la situation des biens n'a rien de commun avec ce qu'il y a de plus intime dans son existence. Il en était autrement jadis; la vie de l'homme se concentrait dans des limites étroites, comme le sol qui était le siége de son activité; quand tout était territorial, le statut aussi devait être réel; tandis que là où tout se rapporte à la personne, le

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 295 et 301.
(2) Bourgoingne (voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 438, n° 306).

statut doit prendre la nature de la personne. C'est en ce sens que je dis que le statut territorial appliqué à nos sociétés modernes est un anachronisme de dix siècles.

219. Cet immense anachronisme doit avoir une fin. C'est à la science de préparer la révolution qui doit se faire dans les lois. Le mouvement a commencé en Allemagne au siècle dernier; de là date le règne de la personnalité dans la matière des successions; le législateur italien a la gloire d'avoir inscrit le nouveau principe dans son code civil. Mais les idées nouvelles trouveront une résistance obstinée dans les pays où la réalité a une domination séculaire. En Angleterre et aux Etats-Unis, le droit est encore féodal, au sein d'une société, ici commerçante et industrielle, là démocratique et individualiste. Toutefois les statuts de 1870 ont inauguré l'ère de la révolution en permettant à l'étranger de devenir propriétaire; le statut personnel, sous forme de courtoisie, pénètre dans la science du droit international privé; ces germes se développeront. La résistance sera peut-être plus obstinée en France; chose singulière, la France est en proie à des révolutions presque permanentes, tandis que le droit privé y est à peu près immobile. Les Français sont fiers de leur code, ils ne songent pas encore à le reviser. Il ne faut pas que ce culte dégénère en superstition, laquelle est toujours mauvaise, quel qu'en soit l'objet. Tout est progressif, rien n'est immuable : comment le droit, une des faces de la vie, resterait-il toujours le même? Les jurisconsultes français ont tort de vouloir introduire dans le code des idées qui lui sont étrangères; c'est usurper la mission du législateur, et la jurisprudence sera toujours un organe mal approprié pour réaliser le progrès législatif. Mieux vaut convenir franchement que le code civil n'est plus en harmonie avec notre état social : signalez les défauts, et proposez des réformes, en laissant au législateur le soin de les réaliser. C'est ce que j'ai fait dans tout le cours de ces Etudes, et je vais essayer de le faire pour le statut des successions.

La cour de cassation a jugé que le statut des successions est réel en tout, même pour ce qui concerne la capa-

cité de succéder. Je crois que sur ce dernier point elle s'est trompée; je viens de le prouver, me semble-t-il, mais dans la matière où j'entre, et quand il s'agit de déterminer qui succède aux immeubles situés en France, la cour de cassation a raison, la loi est réelle. Reste à savoir si la réalité est fondée, comme Portalis l'a dit, sur l'indivisibilité de la puissance souveraine. Je ne rentrerai pas dans la discussion théorique de la nature de la souveraineté; ces généralités, je le crains, auront peu d'influence sur les esprits; il faut pénétrer dans les détails, et sur chaque principe essentiel du titre des *Successions*, examiner s'il est vrai que la puissance souveraine soit intéressée à régler l'ordre des successions, quand c'est un étranger qui vient exercer en France le droit héréditaire que lui donne sa loi nationale. Je ferai pour le droit de succession ce que j'ai fait pour le droit de famille; pour déterminer la nature d'un statut, il faut avant tout préciser la signification et la portée du principe établi par le code, sinon l'on risque d'aboutir à des formules mécaniques et que l'on applique mécaniquement. Quand le principe est bien connu, il est assez facile de décider si la puissance souveraine y est intéressée, ou s'il est d'intérêt privé; dans le premier cas, il faut dire avec Portalis que le statut est réel, en ce sens qu'il régit tous les habitants du territoire, et qu'il domine le statut personnel dont les étrangers voudraient se prévaloir; alors il est très vrai que la souveraineté ne saurait se diviser, en limitant son action aux naturels du pays sur lequel elle s'étend; le droit de conservation de la société domine tous les droits privés, et une société ne se conserve pas à demi, elle existe pour le tout, ou elle n'existe point.

§ II. — *Des successions légitimes.*

N° 1. LE PRINCIPE DU CODE NAPOLÉON.

220. Quel est le principe sur lequel est fondé le système de succession du code civil? Il est difficile de répondre en termes absolus. Les auteurs du code se trouvaient

en face de deux traditions, celle des pays de droit écrit, et celle des pays de coutume ; ils ont transigé, et il est de la nature des transactions qu'elles font une part aux deux éléments qui sont en conflit. Toutefois il est certain que le principe coutumier domine dans les titres des *Successions, Donations et Testaments*, comme il domine dans tout le code civil ; cela était inévitable, les coutumes étant, bien plus que le droit romain, l'expression de nos mœurs, et le droit est toujours un reflet de l'état social.

On lit dans tous les auteurs que l'hérédité est déférée par la volonté de l'homme, et, dans le silence du testateur, par la disposition de la loi. Il y aurait donc deux successions, la succession testamentaire et la succession *ab intestat*. C'est la théorie romaine, et il faut ajouter que, dans les mœurs des Romains, le testament était la règle presque universelle, et la succession légitime une rare exception. Est-ce aussi là le langage du code civil? Le code ne dit pas qu'il y a deux ou trois espèces de successions, par testament, par contrat de mariage et *ab intestat ;* il ne donne le nom de succession qu'à la transmission qui se fait en vertu de la loi ; quant aux dispositions faites par le défunt, il les appelle *donations* ou *testaments*, et il en traite dans un titre particulier qui suit le titre des *Successions*. Jamais la loi ne donne le nom de succession à la transmission qui se fait par donation ou par testament (C. Nap., art. 711) ; de même, elle réserve le nom d'*héritiers* à ceux qui succèdent au défunt quand il n'a fait aucune disposition, et elle appelle *donataires* ou *légataires* ceux qui reçoivent les biens par la volonté de l'homme. Donc, dans la théorie du code civil, il n'y a qu'une espèce de succession, celle qui est établie par la loi. Tel est aussi le langage de nos anciens auteurs. Le mot de *succession*, dit Lebrun, signifie des successions que la *loi* et non la volonté du défunt défère (1). Je viens de dire que les lois et les coutumes sont l'expression des mœurs. Nos anciennes coutumes dérivent des usages des peuples du Nord. Or, Tacite nous apprend que les Ger-

(1) Lebrun, *Traité des Successions*, Préface.

mains ne connaissaient pas de succession testamentaire; les biens passaient aux héritiers du sang, d'après la proximité du degré (1). Quand le testament s'introduisit dans les pays coutumiers, il n'y eut jamais l'autorité ni le nom de succession. L'ordre régulier de succéder était celui qui procède de la nature, l'ordre du sang, dit Lebrun; l'ordre divin, dit Domat. De là ces maximes caractéristiques du droit coutumier : « *Institution d'héritier n'a point lieu. On naît héritier, on ne le devient pas. Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut* (2). » Cette dernière règle exprime, en termes simples et énergiques, l'esprit des coutumes; c'est cet esprit qui a dicté la théorie de Domat, et qui a passé dans notre code. L'homme transmet son sang à ses enfants et descendants, mais ce n'est pas lui qui crée, ce n'est pas lui qui donne la vie, c'est Dieu. En donnant la vie, en faisant naître l'enfant dans telle famille, Dieu lui donne aussi les biens qui sont l'accessoire de la vie, il les donne inégalement, comme il donne inégalement les facultés intellectuelles et morales : mystère pour nous, ordre providentiel pour lui. Par cela seul que Dieu fait naître un enfant dans telle famille, il lui fait part des biens qu'elle possède : en ce sens, c'est lui qui fait les héritiers (3).

221. Arrêtons-nous un instant ici, et voyons quel rapport il y a entre les règles fondamentales du droit coutumier et la théorie des statuts. « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut : on naît héritier, on ne le devient pas. » Je demande ce que ces principes ont de commun avec la souveraineté territoriale, en vertu de laquelle toute loi relative aux immeubles forme un statut réel. En nous faisant naître dans telle famille plutôt que dans une autre, Dieu nous rattache aussi à la nation dont cette famille fait partie, et, par conséquent, à la loi qui la régit. La famille est la base de la nationalité, et la nationalité est l'élément dominant des lois diverses : il y

(1) Laboulaye, *De la Condition civile et politique des femmes*, p. 99.
(2) Voyez les témoignages dans Demolombe, *Code Napoléon*, t. XIII, p. 101, n° 80.
(3) Domat, *Des Lois civiles*.

a aussi là un principe de race qui découle du sang, et des influences de lieu, de mœurs, de sentiments et d'idées qui caractérisent les divers peuples. Si Dieu nous communique le droit qui nous régit en même temps que les biens qu'il nous donne, n'en faut-il pas induire que ce droit fait partie de notre sang, et que, par conséquent, il est attaché à notre personne, que nous le portons partout avec nous, sans que nous puissions nous en séparer? Voilà bien ce que nos anciens jurisconsultes disaient du statut personnel. N'en faut-il pas conclure que le droit en vertu duquel nous sommes appelés à hériter comme membres de telle famille, est celui qui nous est communiqué avec la vie, donc notre droit national? S'il est écrit dans notre sang, il doit être le même partout où nos intérêts et les circonstances de notre vie nous appellent. Peut-il dépendre des lois du territoire où les biens de la famille sont situés? Ce n'est pas ce territoire qui nous a donné notre droit, c'est le sang qui coule dans nos veines, et notre sang changerait-il par hasard selon la situation des biens?

La souveraineté qui est limitée par le territoire sur lequel elle s'étend est étrangère aux règles qui déterminent le droit de succession. Ce n'est pas de la puissance souveraine que nous tenons le droit en vertu duquel nous héritons les biens qui sont le patrimoine de la famille au sein de laquelle nous naissons : notre droit remonte plus haut, jusqu'à Dieu. Les liens de la famille ne sont pas bornés par le territoire, ils sont les mêmes partout, donc le droit qui régit la famille, c'est-à-dire la nation, doit régir le droit de succession, sans considération du lieu où les biens sont situés : ce lieu dépend des accidents de la vie, et ne peut pas changer le droit qui a son principe dans l'ordre providentiel.

On demandera comment il se fait que la maxime sur laquelle repose la réalité du statut de succession soit consacrée par les mêmes coutumes qui déclarent implicitement ce statut personnel en le rapportant au sang, pour mieux dire, à Dieu? Il y a là une contradiction historique, mais la contradiction n'est qu'apparente. La maxime que toute coutume est réelle découle de la féodalité, et le

régime féodal n'a été qu'un accident dans l'histoire, une étape dans l'existence des peuples qui procèdent de l'invasion des Barbares. Si l'on veut connaître leur vrai caractère, il faut ouvrir les recueils de leurs coutumes qu'ils ont écrites après la conquête : c'est le principe de la personnalité qui y domine, et c'est aussi ce principe qui a fini par se faire jour, au sein de la race germanique, dans la théorie des statuts. Voilà pourquoi c'est la doctrine allemande qui, la première, a enseigné le principe de la personnalité du statut de succession, et c'est dans la jurisprudence allemande que ce principe a trouvé son premier appui. Les longs siècles de la féodalité ont été nécessaires pour préparer les nationalités; quand les nations furent constituées, elles ont repris leur génie et les tendances de leur race. La contradiction que je viens de signaler n'est qu'une évolution.

222. Je reviens aux principes qui caractérisent le droit de succession des coutumes ; c'est la chose essentielle et tout en dépend. Si les principes sont personnels, le statut aussi doit l'être. Si les successions sont de Dieu, comment se fait-il que les coutumes permettent à l'homme de déranger cet ordre divin, et de le troubler en disposant de ses biens par testament? La théorie des testaments dans le système coutumier n'est pas celle du droit romain. A Rome, le testament procède de la toute-puissance du propriétaire : « Ce que le père de famille aura disposé dans son testament fera droit. » Telle est la formule impérieuse écrite sur la loi des XII Tables : la volonté du testateur fait loi : l'homme a un pouvoir illimité, absolu, d'instituer héritier qui il veut. Domat apprécie très bien l'esprit du droit romain. « Il semble, dit-il, que cette *liberté* indéfinie de disposer de tous ses biens ait été une suite de cet esprit de *domination*, dont on voit tant d'autres marques, à l'égard même de leurs propres familles, où ils s'étaient donné un droit absolu de vie et de mort sur leurs esclaves et sur leurs enfants. Selon cet esprit, ils disposaient à leur gré de leurs biens, et en privaient, non seulement leurs proches, mais leurs enfants mêmes, sans aucune cause. » Domat nie que l'homme ait

un pouvoir absolu de disposer de ses biens : l'équité naturelle veut que les plus proches soient appelés à succéder. Il faut donc tenir comme règle que les biens du défunt doivent passer à ses héritiers, à moins qu'il n'y ait une juste cause de les en priver. Domat conclut que si le législateur consacre le droit de tester, ce n'est pas qu'il entende laisser une liberté indiscrète de faire toutes sortes de dispositions justes ou injustes (1).

La loi est plus sage que l'homme, dit un autre jurisconsulte coutumier; il convient donc, dit Bourjon, que l'homme respecte l'ordre que la loi a établi. Les legs ne doivent pas être l'abolition de la loi naturelle qui appelle les héritiers du sang à succéder, ils n'en doivent être qu'un supplément. Voilà pourquoi les coutumes n'admettaient pas qu'il y eût un légataire universel, c'est-à-dire un héritier institué par testament, elles n'admettaient que des legs particuliers, à titre de récompense pour des services rendus, et comme marques d'affection ou de bienfaisance. C'est en ce sens que la *loi indulgente* laisse à l'homme une *espèce d'empire* sur ses biens, en lui permettant d'intervertir l'ordre du sang, ou, comme dit Domat, l'ordre divin; c'est une exception au principe, mais imparfaite, c'est legs limité et non vraie succession, L'homme ne doit faire usage de ce droit que pour remplir les devoirs de gratitude, autrement ce serait s'écarter de l'esprit de la loi et abuser de sa disposition (2).

223. Si l'on tient compte de l'esprit des coutumes, on doit réputer personnel le statut des testaments aussi bien que celui des successions. En effet, le testament est un appendice de la succession, le droit de tester doit être exercé dans le même ordre d'idées que celui qui appelle les héritiers à succéder. Les desseins de Dieu, en nous appelant à la vie dans le sein de telle famille, sont un mystère, mais nous devons être convaincus que tout ce qu'il fait procède de sa justice et de sa charité. L'homme doit l'imiter en obéissant à la loi du devoir; de cette ma-

(1) Domat, *Des Lois civiles*, IIe partie, livre Ier, nos VI et VII, p. 326 et suiv.
(2) Bourjon, *Le Droit commun de la France*, t. Ier, p. 677, nos 7 et 8.

nière l'ordre divin et la volonté humaine concorderont. Celle-ci n'aura plus rien de cet arbitraire de la volonté qui règne dans le droit romain; expression de la justice et de l'affection raisonnable, elle est soumise au même principe que la règle : c'est dire que le statut est personnel. Il n'y a qu'une loi du devoir, celle que nous dicte la conscience; il serait absurde de dire qu'elle varie d'après la situation des biens, et que le devoir diffère selon que les biens sont situés dans tel pays ou dans tel autre.

On pourrait croire que le principe romain assure encore mieux la personnalité du statut testamentaire, puisque tout dépend de la volonté de l'homme, et qu'est-ce qu'il y a de plus personnel? Cela est vrai tant que la personne reste libre dans le sens romain, c'est-à-dire souveraine. Mais rien ne lui garantit cette liberté. En effet, le peuple aussi est libre, donc souverain, et si cette liberté est absolue, sa puissance souveraine aussi sera illimitée. Et c'était bien là la théorie romaine de la liberté. On sait à quoi elle aboutit; au despotisme le plus épouvantable qui ait jamais pesé sur un peuple : l'empereur, organe de la puissance souveraine, concentrait en lui la toute-puissance, c'était un Dieu sur la terre. Or, la souveraineté, ainsi entendue, ne laisse plus une ombre de liberté, pas même à ceux qui se disent citoyens, à bien plus forte raison aux étrangers. C'est l'idée de la souveraineté absolue qui est le plus solide fondement de la réalité des statuts, mais aussi elle ne laisse aucune place à la personnalité. Le principe coutumier est bien supérieur; l'idée du devoir conduit à la personnalité du droit, et elle n'exclut point la réalité, dans les cas où la puissance souveraine est intéressée dans le débat. C'est aussi un devoir pour l'Etat, organe de la souveraineté nationale, de maintenir son droit, et son droit l'emporte, quand il est en conflit avec les droits des particuliers : mais l'Etat n'absorbe pas les droits individuels; sa mission est, au contraire, de les sauvegarder. La personnalité et la réalité ne sont pas des puissances ennemies, comme on le croyait jadis, quand on suivait comme maxime que toute coutume est réelle ou souveraine, et qu'à ce titre elle exclut toute coutume

étrangère; les deux principes s'harmonisent et se concilient en laissant à chacun son domaine, à la personnalité les droits privés, et à la réalité les droits sociaux. Or, l'hérédité est, en règle générale, un droit purement privé, un accessoire à la vie, comme dit Domat, donc un statut personnel. Et les dispositions testamentaires n'étant que le supplément du droit de succession en prennent naturellement le caractère et la nature.

224. Il reste à prouver que le code Napoléon a reproduit les principes du droit coutumier. J'ai dit que le code civil n'a pas de principe certain, puisque c'est une transaction, mais il faut ajouter que, dans cette transaction, c'est l'élément coutumier qui prévaut. Nous en trouvons la preuve dans les discours des orateurs qui ont exposé les motifs de la législation nouvelle et dans les textes mêmes. « Le législateur, dit Treilhard, appelé à tracer un ordre de successions, doit se pénétrer de toutes les affections *naturelles* et *légitimes* (1). » En disant que la succession est le testament présumé du défunt, l'orateur du gouvernement n'entend pas dire que le législateur doive se plier aux caprices et aux passions de l'homme; cela est même impossible, car la loi est une règle générale, et les passions humaines varient à l'infini. Domat dit aussi que la loi d'amour doit régner dans la famille, mais c'est l'amour réglé par la raison, inspiré par le sentiment du devoir, ou, comme le dit Treilhard, l'affection *naturelle* et *légitime* du défunt pour ses proches, les héritiers du sang que Dieu même lui a donnés. Chabot, le rapporteur du Tribunat, s'exprime dans le même sens : il dit que le législateur règle l'ordre de successions, non d'après les passions des hommes, mais d'après la *nature* et la *justice* (2). Ces mots sont considérables. La *nature* nous vient de Dieu pour ceux qui croient en Dieu et en sa providence. La justice est le caractère essentiel du droit divin, les lois humaines en doivent être le reflet, autant que l'homme peut comprendre et réaliser la justice absolue.

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 2 (Locré, t. V, p. 90).
(2) Chabot, *Rapport*, n°s 12 et 24 (Locré, t. V, p. 107 et 115).

Je m'en tiens, pour le moment, à ces principes généraux; il y a des détails qui semblent ne pas répondre à l'idéal, tel que Treilhard et Chabot l'ont tracé. Telle est notamment la division par lignes qui paraît être en opposition complète avec le principe des affections *naturelles*; mais Treilhard ajoute et *légitimes*. Or, c'est précisément l'idée de la justice, donc du devoir tel qu'il résulte de la famille, qui a inspiré cette déviation apparente de la loi d'*affection*. J'y reviendrai. Ce que je viens de dire suffit pour justifier la conclusion que les auteurs du code civil se sont inspirés de la tradition si bien formulée par Domat. Les biens appartiennent aux héritiers du sang; c'est Dieu qui les y appelle, et la loi du devoir domine les affections particulières. Tel est le principe fondamental de notre ordre de successions; et, dans la pensée de nos anciens jurisconsultes, le droit de tester doit être exercé également d'après la loi du devoir. C'est donc une idée morale qui domine dans notre droit héréditaire.

Cela décide la question du statut. Le devoir est le même partout, il ne dépend certes pas de la situation des biens; il est déterminé par la conscience. Or, le devoir est un principe essentiellement personnel; donc, la loi en vertu de laquelle les biens sont transmis est une dépendance du statut qui gouverne la personne : c'est cette loi qui nous dicte nos devoirs, c'est d'après cette loi que nous agissons dans toutes les relations de la vie; il est naturel que cette loi préside aussi à la transmission de nos biens, puisque les biens sont transmis à ceux qu'y appelle la volonté exprimée ou probable du défunt.

N° 2. LA FAMILLE.

225. Le droit de succession est un droit de famille, ce qui suffit pour déclarer le statut personnel, puisque la famille est la base de l'état des personnes; cela nous ramène à la règle établie par le code Napoléon, aux termes duquel les lois qui concernent l'*état* et la *capacité* des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger; et, partant, les étrangers résidant en France

sont gouvernés par leurs lois nationales, dès qu'il s'agit de la famille et des droits qui y sont attachés. Comment se fait-il que cette idée si simple et si naturelle ne se soit pas produite dans l'ancien droit? La fausse notion de la souveraineté attachée au territoire y est pour beaucoup. Par contre, les liens de la famille n'avaient aucune limite; on admettait à succéder, au besoin, les parents au millième degré, dit Lebrun. Cela était très logique. Le droit de succession étant attaché au sang, il fallait admettre à succéder tous ceux qui avaient le même sang. Mais s'il est vrai, comme on le croyait sur la foi de l'Ecriture Sainte, que toute la famille humaine procède d'un même père, on aboutit à la conséquence assez étrange que tout le genre humain est appelé à succéder à tout défunt. Ce serait le communisme. On s'arrêta devant l'impossibilité de la preuve. Les auteurs du code civil ont restreint la parenté jusqu'au douzième degré : « Les relations de la parenté, dit Treilhard, sont effacées dans un si grand éloignement (1). » Est-on bien sûr que la famille, ses sentiments, ses affections existent encore au douzième degré? Ces prétendus parents ignorent qu'ils sont parents, ils ne se connaissent pas même de vue ni de nom. C'est dire que le fait domine le droit en cette matière. Les auteurs du code italien l'ont senti, ils ont restreint la parenté au dixième degré; le projet présenté au sénat proposait le neuvième. Le traducteur du code italien et M. Rodier voudraient l'arrêter au huitième : enfin, après la révolution de 1848, on avait proposé le sixième degré (2).

Toute limite paraît arbitraire, et cependant il en faut une, ne fût-ce que dans l'intérêt des successibles eux-mêmes. Treilhard dit que l'expérience avait prouvé qu'en étendant la parenté à l'infini, l'hérédité était mangée en frais de procès et de liquidation, de sorte que personne n'en profitait, sinon les gens de loi. Il y a une autre considération très importante. On se plaint que les liens de la famille se relâchent. C'est un fait, il faut l'accepter, et

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 19 (Locré, t. V, p. 95).
(2) Huc, *Le Code civil italien et le code Napoléon*, t. Ier, p. 188, n° X.

le législateur en doit tenir compte. Ce que Siméon, le rapporteur du Tribunat, dit de la parenté qui dépasse le douzième degré, on peut hardiment l'affirmer des collatéraux du septième : « Les sentiments d'affection nés de la famille n'existent plus; la plupart du temps on ne se connaît pas : s'il y a encore une famille aux yeux de la loi, il n'y en a plus dans la réalité des choses (1). » Si, en fait, la famille n'existe plus, le législateur a tort d'y attacher des droits. A quoi aboutit la succession quand la loi y appelle des parents qui ne connaissaient pas même le défunt? A une loterie. Je rappellerai la succession opulente délaissée par une ancienne actrice décédée sans testament. Le fisc allait s'emparer des biens, par déshérence quand la perspicacité d'un agent d'affaires découvrit des parents que la défunte ne soupçonnait point (2). Le droit de succession ne doit pas avoir pour effet d'enrichir au hasard des parents inconnus. En disant que le droit des parents est écrit dans le sang, on suppose qu'il y a une famille, des affections partagées, des devoirs à remplir. Quand toutes ces suppositions font défaut, il faut dire qu'il y a un autre devoir. Si noblesse oblige, richesse oblige également. La charité véritable, celle qui s'adresse à l'âme, celle qui se préoccupe de l'amélioration intellectuelle, morale et matérielle des classes les plus nombreuses et les plus pauvres, vaut mieux que l'affection pour des parents éloignés que l'on connaît à peine. Quand la richesse vient par un coup de hasard, elle est rarement profitable à ceux qui l'acquièrent; il faut bannir du droit la loterie et tout ce qui y ressemble. L'Etat recueillera les biens de ceux qui meurent n'ayant pas de proches parents et qui n'ont pas pensé à la grande famille; il disposera des biens comme les propriétaires auraient dû en disposer en formant un fonds de charité qui servira à instruire, à élever et à moraliser les classes nécessiteuses. Par là, l'Etat apprendra aux riches, puisqu'il y en a qui l'ignorent, l'emploi qu'ils doivent faire des biens que Dieu leur a

(1) Siméon, *Discours*, n° 23 (Locré, t. V, p. 136).
(2) Voyez le tome XXVII de mes *Principes de droit civil*, p. 403, n° 354 et 355.

départis; ce n'est certes pas pour faire d'autres riches, sans songer à la grande famille des déshérités de ce monde; bien moins encore doivent-ils les laisser à l'abandon, comme l'avait fait la riche dame dont je viens de parler. Je dis cela pour répondre d'avance au sot reproche que l'on pourrait me faire de favoriser le socialisme ou le communisme, en attribuant à l'Etat les biens de ceux qui meurent sans tester, et laissant des parents au delà du sixième degré. En qualifiant le reproche de sot, j'appelle les choses par leur nom. L'Etat ne s'empare de rien et ne confisque pas le droit de propriété, puisqu'il dépend des propriétaires d'en user en faisant des dispositions de dernière volonté; et le législateur, en réduisant la parenté du douzième degré au sixième, n'est pas plus socialiste que le code civil qui a réduit le millième degré au douzième.

226. Quelle est la nature du statut qui limite la famille à un degré quelconque? D'après le code Napoléon, il est réel, puisque tout statut concernant les successions est réel, au moins quant aux immeubles, en vertu de l'article 3; c'est à peine si l'on peut admettre une exception pour la capacité, comme je l'ai proposé. Il en faut conclure que l'article 755, aux termes duquel les parents succèdent jusqu'au douzième degré, s'applique à tous ceux qui habitent le territoire et à tous les immeubles qui y sont situés. Il en résultera une singulière conséquence; un Italien, parent au douzième degré, sera admis à succéder aux biens assis en France, quoiqu'il soit exclu en Italie, où il n'est pas considéré comme parent. Cela est absurde; mais cela n'est pas plus absurde que de voir succéder en France un enfant naturel de nationalité espagnole, quoique en Espagne il ne soit pas admis à succéder; de même qu'il a été jugé qu'une sœur, exclue par le droit hébraïque, son statut personnel, était admise à succéder aux biens situés en Algérie en vertu du statut territorial (1). Ces anomalies sont inhérentes au statut réel; comme il y a autant d'hérédités différentes que d'im-

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 222, n° 118.

meubles situés dans des pays différents, on peut être héritier dans l'une et ne pas être héritier dans l'autre. Il y a cependant une objection : pour succéder, il faut être parent, et quand la parenté légale s'arrête au dixième degré, ne doit-on pas dire que la qualité essentielle requise pour succéder fait défaut? La difficulté est de savoir si le degré auquel les parents sont admis à succéder est une condition de capacité. D'après le code Napoléon, il faut répondre négativement. Sans doute, celui qui se présente à une succession doit être parent, et le défaut de parenté serait une cause absolue d'incapacité. Mais, dans l'espèce, l'Italien qui vient recueillir des biens situés en France est parent, et il est parent au degré successible en France, quoiqu'il ne le soit pas d'après son statut national; on ne peut donc pas l'exclure pour défaut de parenté. Quant au degré jusqu'auquel les parents succèdent, ce n'est plus une question de capacité, c'est une question d'ordre; en effet, l'article 755, qui limite la parenté au douzième degré, se trouve dans le chapitre III intitulé, *Des divers ordres de succession*. Cela me paraît décisif.

227. Autre est la question de savoir si le degré successible forme un statut réel, d'après les vrais principes. Dans le système du code français, il n'y a d'autre raison pour la réalité du statut que la souveraineté territoriale, laquelle s'étend sur toutes les personnes et sur toutes les choses qui se trouvent sur le territoire. Quel rapport y a-t-il entre la situation des biens et la composition de la famille? La famille dépend du sang et n'a absolument rien de commun avec la situation des biens. Si la loi admettait tous les parents à succéder, cela serait d'évidence; le code Napoléon étend la parenté légale jusqu'au douzième degré, le code italien la limite au dixième. Est-ce que la limitation du degré successible rendrait réel un statut qui, de sa nature, est personnel? Non, certes, car c'est encore par une considération qui tient aux liens de la famille que le législateur étend ou resserre le cercle légal dans lequel les parents succèdent; il ne se contente pas du sang matériel, il veut aussi que le lien du sang soit une marque d'affection; c'est parce que cette

affection n'existe plus à un degré plus ou moins éloigné, que les lois excluent les parents de tel ou tel degré; or je le demande de nouveau : quel rapport y a-t-il entre l'affection et la situation des biens? Est-ce que le défunt sera censé avoir de l'affection pour un seul et même parent, jusqu'au douzième degré si les biens sont situés en France, et jusqu'au dixième degré seulement si les biens sont situés en Italie? Voilà l'absurdité à laquelle conduit la réalité des statuts en matière de successions.

On objectera qu'il s'agit de la transmission des biens, et que c'est au législateur territorial de déterminer les conditions sous lesquelles elle peut se faire. Je reviendrai sur le principe, en traitant de la transmission des immeubles ; l'application que l'on en fait à l'ordre des successions prouve que la question ne reçoit point de solution absolue; il faut voir avant tout quel est le caractère de la transmission. Dans l'espèce, tout dépend de l'affection présumée du défunt pour ses parents, cette affection tient au lien du sang qui les unit; je demande si c'est là une question de souveraineté. Quel intérêt et quel droit la puissance souveraine a-t-elle à ce que des Italiens succèdent en France jusqu'au douzième degré, alors que, d'après leur statut national, ils ne sont plus parents légaux au delà du dixième degré?

228. L'article 733, 2e alinéa, porte : « Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne; les germains prennent part dans les deux lignes. » Cette disposition abroge le privilége du double lien que Justinien a introduit, par sa Novelle 84, en faveur des frères et sœurs germains qu'il appelle à la succession de préférence aux frères et sœurs consanguins. Ce privilége n'a pas de raison d'être dans le système du code civil : les parents consanguins sont parents dans la ligne paternelle aussi bien que les parents germains, et les utérins sont parents dans la ligne maternelle et au même titre que les germains, il n'y a donc pas de raison pour exclure les parents unilatéraux au profit de ceux qui appartiennent aux deux lignes; la justice exige que chacun succède dans la sienne.

Quelle est la nature de ce statut? En droit français, la réponse est toujours la même; le statut est réel, puisqu'il s'agit de l'ordre des successions; tandis que, d'après le code italien, le statut est personnel. Les conséquences qui résultent de la réalité, en ce qui concerne le privilége du double lien, sont absurdes, comme dans la matière du degré successible (n° 225). Mittermaier en a fait la remarque (1). Le code badois, calqué en général sur le code français, rejette le privilége du double lien; dans le royaume de Wurtemberg, on l'a maintenu, comme partout où les lois romaines forment le droit commun. Un habitant de Stuttgart meurt sans testament; il laisse des biens situés dans le royaume et dans le grand-duché, et des frères germains, consanguins et utérins; si le statut est réel, le frère germain exclura ses frères unilatéraux pour les biens wurtembergeois; et les frères partageront également les biens badois. Dans l'un et l'autre pays, le droit de succession a cependant la même base, l'affection présumée du défunt. Est-ce que l'affection dépend de la situation des biens? La question est absurde, et la décision, fondée sur le statut réel, l'est tout autant. Je suis présumé avoir pour mes frères unilatéraux la même affection que pour mes frères germains, quant aux biens situés dans le grand-duché de Bade; mais je n'ai plus la même affection pour lesdits frères, quant aux biens situés dans le Wurtemberg : je les aime également ou inégalement selon que les biens sont situés dans un pays ou dans l'autre. Plaisante affection, dirait Pascal, que celle qui est déterminée par la situation des biens! Et plaisante justice que celle qui distribue un seul et même patrimoine, d'une seule et même personne, d'une manière différente, en vertu d'un seul et même principe, l'affection présumée du défunt, en supposant que l'affection existe ou n'existe pas, selon la situation des biens! La personnalité du statut s'explique, dans le système du double lien. Justinien n'avait pas tort de présumer que le frère germain a plus d'affection pour son frère germain, que pour des frères

(1) *Heidelberger Kritische Zeitschrift*, t. XI, p. 270.

consanguins et utérins; ce sentiment naturel est encore fortifié par la loi dans laquelle les hommes sont élevés. On conçoit donc que celui qui est né dans un pays où le privilége du double lien existe ait une préférence pour des frères qui ont le même père et la même mère; et il aura naturellement cette préférence, quelle que soit la situation des biens, alors même que des biens seraient assis dans un pays où les lois rejettent le privilége, chose qu'il ignorera le plus souvent. Par contre, si le défunt est né et élevé dans un pays d'égalité, tel que la France, la Belgique, il sait que la succession sera partagée également entre ses frères de lits différents. En ne testant pas, il fait cette loi sienne; et il admet naturellement l'égalité pour tous ses biens, on ne peut pas croire qu'il veuille tout ensemble l'égalité et l'inégalité, l'une dans les pays de droit français, l'autre dans les pays de droit romain.

N° 3. LES BIENS. LA DIVISION PAR LIGNES.

229. L'article 739 du code Napoléon porte : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. » C'est la reproduction du principe établi par la loi du 17 nivôse an II (art. 62), laquelle a aboli la distinction que le droit coutumier établissait entre les propres et les acquêts, et entre les meubles et les immeubles. Pour comprendre le mode de succession par lignes, que les auteurs du code ont substitué à la succession coutumière, on doit connaître au moins les principes élémentaires qui régissaient cette succession, laquelle existe encore dans les pays où l'ancien droit s'est maintenu, tels que le Canada français et l'île Maurice.

La grande préoccupation des coutumes était de conserver les biens immeubles dans les familles. D'après une règle universellement admise, les biens immobiliers que le défunt avait reçus de sa famille paternelle étaient déférés aux parents paternels; et l'on attribuait aux parents maternels ceux que le défunt avait hérités de la famille maternelle. Tel est le sens de cette maxime célèbre : *Paterna paternis, materna maternis*. La maxime

ne s'appliquait qu'aux *propres*. Les propres, dit Pothier, sont les héritages de nos ancêtres ou autres parents qu'ils nous ont transmis par succession ou par quelque titre équivalant à succession. On appelait *acquêts* les biens qui n'étaient pas propres, de quelque manière qu'ils eussent été acquis. Les meubles et acquêts n'étaient pas considérés comme biens de la famille, les meubles parce qu'ils passent trop facilement d'une main à l'autre, les acquêts parce qu'ils venaient seulement d'entrer dans la famille par une vente ou un autre contrat, et ils en pouvaient sortir de nouveau. On déférait les meubles et acquêts d'après le principe romain de la proximité du degré de parenté ; tandis que, pour la succession aux propres, on ne tenait aucun compte du degré de parenté, les plus proches parents du défunt, les ascendants paternels étaient exclus de la succession des propres maternels par les parents collatéraux de la famille maternelle, à quelque degré qu'ils fussent. Et il en était de même des ascendants maternels pour la succession des propres paternels.

230. Au premier abord, tout paraît réel dans cet ordre de successions; il est certain que l'affection n'y jouait aucun rôle, puisqu'un parent éloigné et inconnu du défunt recueillait les propres de préférence à son père ou à sa mère; et pour assurer les propres à la famille d'où ils provenaient, la plupart des coutumes défendaient d'en disposer, sinon du *quint*; les quatre cinquièmes formaient la réserve coutumière et indisponible. Toutefois il n'est pas exact de dire que la réalité dominait dans le droit coutumier; si l'affection y restait étrangère, par contre le devoir y régnait, et le devoir l'emporte sur l'affection. Les propres étaient considérés comme une copropriété de famille; les enfants et tous les parents du sang y avaient droit par cela seul qu'ils naissaient dans la famille à laquelle les propres appartenaient, comme à l'accessoire de la vie; tenant leur droit du sang, pour mieux dire, de Dieu, comme le dit Domat, le devoir commandait aux membres de la famille de conserver les propres pour ceux qui en étaient copropriétaires. « Les enfants et autres descendants, dit Domat, sont considérés en quelque façon

comme maîtres des biens de leur père ou mère, aïeul ou aïeule, même avant leur mort. Et quand elle arrive, ce n'est pas tant une succession acquise aux enfants qu'une continuation d'un droit qu'ils avaient déjà (1). » Ce droit aux biens qui se continue après la mort du défunt au profit de ses plus proches parents est l'expression de la solidarité qui unit les membres d'une même famille. Ceux qui reconnaissent une cause première et une providence doivent reconnaître aussi que le lien du sang qui existe entre les membres d'une famille les rattache à Dieu. Se borne-t-il à la parenté? La voix de l'humanité répond avec Domat que Dieu donne les biens, comme accessoire de la vie, ou, comme nous dirions aujourd'hui, comme instrument de développement intellectuel et moral. Ainsi s'explique et se justifie la fameuse règle qui affecte les propres aux membres de la famille d'où ils proviennent. Domat dit qu'il est *juste* que les biens retournent à la famille, de préférence au père du défunt, car celui-ci les a reçus comme un héritage qu'il doit rendre (2).

On voit que la réalité disparaît, et se change en loi de justice, quand on remonte à la raison des choses. De sorte que même sous l'empire d'une maxime qui semblait rapporter le droit d'hérédité à la nature et à l'origine des biens, on peut soutenir que le statut était personnel. Il est vrai que les coutumes voulaient conserver les biens dans les familles, mais cela ne prouve pas qu'elles aient eu en vue les biens et leur situation; c'est la famille qu'elles voulaient conserver, et elles le faisaient en obéissant à la volonté de Dieu, qui donne les biens comme accessoire de la vie. Est-ce que suivre la loi du devoir est un statut réel? est-ce que Dieu a égard à la situation des biens pour les donner ou les refuser? Est-ce que le devoir varie selon que les biens sont assis ici ou là? Et qu'est-ce que la souveraineté et son indivisibilité ont de commun avec la volonté de Dieu et avec la voix du devoir? Tout est personnel dans la vie, parce que tout se rapporte à la personne.

(1) Domat, *Des Lois civiles*, IIe partie, liv. Ier, sect. II, n° 13.
(2) Domat, *Des Lois civiles*, IIe partie, liv. Ier, préface, n° IV.

231. Ce débat paraît étranger au code civil, puisqu'il abolit la maxime coutumière *Paterna paternis, materna maternis;* s'il l'abolit, c'est en la transformant, mais en maintenant l'esprit de l'ancien droit. Les auteurs du code ont suivi, en cette matière, la loi du 17 nivôse an II, et cette loi n'a point abrogé purement et simplement le droit coutumier; la Convention a démoli d'une main et reconstruit de l'autre, sous une forme nouvelle, ce qu'elle venait de démolir, en remplaçant la règle coutumière par la division en lignes, laquelle a le même esprit et la même tendance. C'est une chose remarquable : une assemblée révolutionnaire par excellence a inauguré le système de transaction que les auteurs du code civil ont maintenu, et elle a emprunté le principe de cette transaction à ces mêmes coutumes qu'elle abolissait en apparence.

La Novelle de Justinien transmettait la succession unique, comprenant tout le patrimoine du défunt, au parent le plus proche, sans considérer l'origine paternelle ou maternelle des biens. Les coutumes, au contraire, avaient égard à l'origine des propres et les attribuaient au parent le plus proche de la famille dont ils procédaient. Sur ce point capital, la loi de nivôse abandonna la tradition romaine et adopta le principe coutumier, en divisant les successions échues aux ascendants et aux collatéraux en deux parts, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle. La division par lignes a le même objet que la règle *Paterna paternis*, c'est de conserver les biens dans les familles; mais elle simplifiait le partage, en ne formant de tous les biens qu'une seule masse, qu'elle répartit également entre les deux familles.

Le système de la loi de nivôse a le même but que les coutumes, mais elle ne l'atteint pas. On suppose que les deux familles ont contribué également à former le patrimoine du défunt. Cette supposition ne se réalise presque jamais, de sorte qu'il arrive fréquemment que les biens passent d'une famille dans une autre famille. Treilhard dit que « la division par lignes concilie le vœu de la nature, qui semble appeler les parents les plus proches, avec l'intérêt de deux familles dont le défunt tirait son

origine (1). » La conciliation manque d'ordinaire son but; quand un ascendant concourt avec un collatéral du douzième degré, l'affection est entièrement sacrifiée; et lorsque les biens proviennent en tout ou en majeure partie de l'une des familles, le droit des familles est également méconnu. Si l'on voulait donner satisfaction à l'intérêt des familles, il fallait maintenir la règle coutumière, sauf à limiter les successions au sixième degré, afin de ne pas les consumer en contestations et en frais (2).

Quoi qu'il en soit, la filiation du système consacré par le code prouve que la division par lignes n'a pas en vue les biens, elle a pour objet la conservation des familles, qu'elle cherche à concilier avec le principe de l'affection. Pour caractériser la nature du statut, il faut faire abstraction du point de savoir si le but que le législateur a eu en vue est atteint ou non : c'est le but qui est décisif. Or le but est celui des coutumes. Deux familles s'unissent par le mariage; le lien est rompu par la mort, sans qu'il reste des enfants. Que deviendront les biens? Si on les donne au parent le plus proche, comme le fait le droit romain, il se pourra qu'un parent paternel prenne tous les biens qui provenaient de la famille maternelle. Cela n'est pas juste, cela est contraire à la vocation de Dieu qui constitue les familles, et donne aux parents une part dans les biens qu'elles possèdent. Les coutumes et le code civil veulent prévenir cette injustice. Quel est le sentiment commun qui y domine? L'idée du devoir. Voilà certes un principe de personnalité. Est-ce que le devoir dépend de la situation des biens? Il est inutile de renouveler ces questions et d'y répondre; je les ai déjà faites et j'y ai répondu en exposant le principe des coutumes (n° 230). Or, ce principe est aussi celui du code civil. Cela est décisif. Le statut des successions, dans le système du code, devrait être personnel; ce n'est que par une influence exagérée du droit traditionnel que les auteurs du code en ont fait un statut réel.

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n°s 11 et 12 (Locré, t. V, p. 93).
(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 597, § II.

232. Le code italien a rejeté la division par lignes : c'est rompre avec l'esprit des coutumes. On peut reprocher au législateur d'avoir brisé le dernier lien qui restait de l'antique système du sang. Il ne faut pas trop le regretter. La famille, quand elle est trop concentrée sur elle-même, devient un principe d'égoïsme, et l'égoïsme est la lèpre des sociétés modernes. Nous ne sommes pas uniquement membres d'une famille, nous sommes aussi citoyens, et le lien de la patrie domine celui du sang. C'est dire que l'homme a d'autres devoirs à remplir que ceux que la parenté lui impose. Il les remplit en contribuant au devoir d'éducation, qui est le droit le plus important de l'enfant. On peut encore obliger les membres d'une famille à laisser une partie de leurs biens à la famille dont ils proviennent. Mais ce devoir n'est que secondaire, il est subordonné à la liberté de tester. Le testament et la succession *ab intestat* doivent être combinés de manière que l'homme remplisse tout ensemble les devoirs qu'il a envers la famille du sang, et ceux qu'il a envers la grande famille. La parenté sera limitée au sixième degré; dans ces limites, la loi tient compte de l'affection tout ensemble et du droit des familles, comme le voulaient les coutumes et comme le veut le code civil. Les coutumes accordaient le droit de déroger à la loi par des legs de récompense et de bienfaisance. Malheureusement on se faisait une fausse idée de la charité, que l'on confondait avec l'aumône et avec les œuvres pies. C'était un danger pour les familles et pour la société.

L'idée est excellente, l'homme ne doit pas seulement songer aux siens; il y a souvent là un plus grand danger que celui que je viens de signaler, c'est que les successions et les testaments créent des riches, et ceux qui s'enrichissent en héritant deviennent le plus souvent des oisifs, la pire espèce d'égoïstes, l'oisiveté étant la mère de tous les vices. Il faut que la société donne l'exemple d'une autre charité; en limitant le droit de succéder au sixième degré, il restera un grand nombre de biens à la disposition de l'Etat, au lieu de les attribuer au fisc, on en fera un fonds de charité, avec destination spéciale de l'em-

ploi affecté à l'amélioration de la condition intellectuelle, morale et matérielle des classes les plus nombreuses et les plus pauvres. Ceux qui meurent sans laisser de parents auxquels ils sont affectionnés, ou qui ont besoin d'un appui, apprendront par là quel emploi ils doivent faire de leur fortune; au lieu de faire des riches, ils aideront à relever les déshérités de ce monde; les libéralités adressées à la grande famille sont toujours bienfaisantes, tandis que celles qui se font à la famille du sang, inutiles pour la société, sont le plus souvent funestes à ceux que l'on veut gratifier. Quant à ceux qui ne laisseraient pas de parents au degré successible, ils pourront mourir sans tester, en laissant à l'Etat le soin de disposer de leurs biens au profit de la grande œuvre de la société moderne, l'éducation des classes travailleuses. Il y a tant d'hommes qui ont le sentiment de la bienfaisance, qui veulent faire le bien, et qui font souvent le mal en employant leurs biens à des aumônes, soit directes, soit au profit d'établissements de charité, ce qui aboutit nécessairement à augmenter la misère générale en augmentant l'imprévoyance!

233. La division en lignes, abolie par le code italien, subsiste en France. De là des conflits. Un Italien est appelé à une succession en France. Il succédera d'après la loi française, au moins pour les immeubles. On ne tient aucun compte de son statut personnel, puisque le code français le rejette en matière de successions; tandis que le partage de la succession mobilière se fera d'après le statut personnel du défunt, donc d'après le code d'Italie, si le défunt était Italien. Encore une anomalie, résultant de la réalité du statut de succession. On dit que la succession est le testament du défunt. Ce principe conduit logiquement à l'unité de succession, donc à une loi unique qui ne peut être que celle du défunt, puisque c'est la seule qu'il connaisse. Conçoit-on qu'un Italien veuille partager son hérédité par lignes, alors qu'élevé dans une loi qui ne connaît pas la division par lignes, il ne sait pas même ce que cela veut dire? Et le législateur français a-t-il intérêt et droit à imposer aux Italiens un testament présumé dont ils ne veulent pas? Qu'il dispose pour les Fran-

çais qui viennent à mourir sans tester, cela se conçoit; il disposera conformément à leurs sentiments ou leurs habitudes : mais comment peut-il savoir si un testament qui convient aux Français conviendra aussi aux étrangers? Ce qu'il a de mieux à faire, c'est de s'en rapporter aux lois étrangères, seules compétentes quand il s'agit de déterminer la volonté probable des défunts.

Le conflit entre la loi française et la loi italienne peut aussi se présenter dans une succession ouverte en Italie. On appliquera à l'étranger son statut personnel. De là de nouvelles difficultés, dans lesquelles je ne puis entrer sans donner à ces Etudes une étendue démesurée.

N° 4. LES ORDRES.

234. « Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminées » (C. Nap., art. 731). Le code civil a suivi, en cette matière, son guide habituel, Domat; c'est chez lui que l'on trouve l'esprit, et, si l'on peut parler ainsi, la la philosophie de notre droit moderne (1). Domat distingue, ainsi que fait le code, trois ordres d'héritiers, les descendants, les ascendants et les collatéraux. Dans le premier ordre, les enfants sont appelés à succéder à leurs parents; c'est, dit-il, comme une suite de l'ordre divin qui donne la vie aux hommes par la naissance qu'ils tiennent de leurs parents. La vie rend nécessaire l'usage des biens temporels : le don de la vie emporte donc le don de ces biens. Quoi de plus naturel dès lors que de faire passer les biens des parents aux enfants comme un bienfait qui doit suivre celui de la vie. Telle est la base sur laquelle Domat fonde le premier ordre de successions, le plus naturel et le plus usuel; l'auteur des *Lois civiles dans leur ordre naturel* ne prononce pas le mot de loi, bien moins encore parle-t-il des biens et de leur situation; il rapporte tout à Dieu, et avec raison. La naissance n'est-

(1) Domat, *Des Lois civiles*, II[e] partie, préface, n° III, p. 324 et suiv

elle pas un fait providentiel? et la naissance qui nous rattache à une famille déterminée n'est-elle pas le principe de tous les droits dont nous jouissons et notamment du droit de succession? Le législateur ne fait qu'écrire ce droit et lui donner sa sanction. Le droit aux biens est une suite du droit à la vie que nous tenons de Dieu; notre mission est de devenir parfaits, « comme notre Père dans les cieux »; or les biens temporels, comme Domat les appelle, sont un instrument de notre développement intellectuel et moral; donc en nous donnant la vie, Dieu nous donne les biens de la famille au sein de laquelle il nous fait naître. Telle est la théorie du droit de succession dans le premier ordre, le plus important, parce qu'il est le type des autres. C'est à peine si l'on peut demander quelle est la nature du statut en vertu duquel les enfants succèdent à leurs ascendants, car il n'y a pas de conflit entre les diverses législations; la loi du sang est partout la même; donc les enfants succèdent partout, sans que l'on prenne en considération la distinction des biens et de leur situation. C'est la loi inhérente à notre naissance, il n'y en a pas qui soit plus essentiellement personnelle, puisque c'est celle de notre vie. Et cette même loi est aussi celle des autres ordres.

235. Il est contre l'ordre de la nature, dit Domat, que les parents survivent à leurs enfants. Est-ce à dire que, lorsque cela arrive, la loi de la nature ne demande pas que les parents succèdent à leurs enfants? Domat répond : « La même raison qui lie au bienfait de la vie celui des biens temporels, et qui fait que les enfants reçoivent l'un et l'autre de leurs parents, demande aussi que les ascendants ne soient pas privés des biens que laissent leurs enfants; en effet, les enfants tenant la vie de leurs parents, les biens des enfants sont naturellement destinés pour les nécessités de la vie de ceux de qui ils tiennent la leur. » La succession des ascendants et celle des descendants sont l'une et l'autre une suite de la liaison étroite de ces personnes et des *devoirs* que Dieu forme entre eux. C'est la première fois que Domat prononce le mot de *devoir* : quand il est question du premier ordre, l'affection

absorbe tous les sentiments; dans le second, l'affection n'a plus la même puissance, le devoir et la justice viennent confirmer ce que la nature demande. Quel est le fondement de cette loi de justice qui joue un si grand rôle dans la doctrine de Domat? La nature donne aux enfants et aux parents l'usage réciproque de leurs biens, parce que « ces biens leur sont en quelque sorte communs ». En définitive, la succession des ascendants remonte à la volonté de Dieu, comme celle des descendants; car, en nous donnant la vie il nous rattache non seulement à ceux à qui nous devons directement notre naissance, mais encore aux auteurs de nos parents dont le sang coule dans nos veines. C'est en ce sens que Domat dit que Dieu, en nous faisant naître dans telle famille plutôt que dans telle autre, nous donne des droits en même temps qu'il nous impose des devoirs; les droits et les devoirs procèdent de la même cause, la vie avec ses bienfaits et ses charges; un de ces droits et un de ces devoirs, c'est l'hérédité.

Les biens, dit Domat, sont en quelque sorte communs aux ascendants et aux descendants. C'est l'idée de la copropriété de famille, et de la solidarité de ses membres; idée féconde en conséquences, car elle n'embrasse pas seulement la famille, elle s'étend à l'humanité entière. Pour le moment il ne s'agit que du droit d'hérédité qui est réciproque entre descendants et ascendants; le sang est le même, le lien est identique, qu'on l'appelle affection ou devoir; donc les devoirs et les droits sont les mêmes. Seulement dans le second ordre la loi de justice commence à régner, tandis que dans le premier la loi d'amour domine. Toujours est-il que c'est une seule et même loi. Mais déjà les conflits deviennent possibles; les lois diverses pouvant régler d'une manière différente les droits des ascendants quand ils se trouvent en concours avec les frères et sœurs du défunt, que l'on appelle les collatéraux privilégiés. C'est pour cela qu'il importe de remonter au principe que Domat établit; il ne laisse aucun doute sur la personnalité du statut, car le statut est au fond le même que dans le premier ordre, ce qui est décisif.

236. Reste l'ordre des collatéraux. Ce que je viens de

dire, ou plutôt ce que Domat dit, suffit déjà pour prouver que la succession des collatéraux a le même fondement que celle des descendants et des ascendants. Les collatéraux ne se rattachent-ils pas tous, avec les descendants et les ascendants, à un même chef de qui ils tiennent tous la vie? Ils ont donc droit, au même titre, aux biens qui sont l'accessoire de la vie. Ainsi, dit Domat, il faut dire de ces trois ordres de succession, que toutes les personnes qui sont liées par la naissance dans l'un de ces ordres sont considérées comme une seule et même famille à laquelle Dieu a destiné les biens de ceux qui la composent, pour les faire passer successivement de l'un à l'autre, selon le rang de leur proximité. Donc la loi est la même pour tous les ordres, et elle a la même nature, c'est un statut personnel par excellence, puisque c'est un accessoire de la vie.

237. Cela résulte à l'évidence du droit de succession, tel que Domat le conçoit, et Domat n'a fait, en cette matière, qu'écrire la théorie des coutumes que le code Napoléon reproduit en substance. Quel est le principe fondamental de Domat? C'est que la succession des descendants, des ascendants et des collatéraux découle de la volonté de Dieu qui a organisé les familles, et qui fait naître les hommes dans telle famille ou dans telle autre, suivant les décrets de sa Providence. En laissant les biens à ceux qui sont appelés à les recueillir par leur naissance, le législateur obéit donc à la volonté de Dieu, c'est dire que le principe du devoir domine dans les successions, et ce principe est essentiellement personnel. La liaison que fait la naissance, dit Domat, entre les ascendants, les descendants et les collatéraux, est la première que Dieu a formée entre les hommes pour les unir en société et les attacher aux *devoirs de l'amour mutuel*. Voilà le principe qui domine dans le droit héréditaire; c'est tout ensemble *devoir* et *amour*. C'est par ce principe que Domat explique et justifie l'ordre de succession des coutumes, et qu'il lui donne la préférence sur le droit romain qu'il plaçait cependant très haut, puisqu'il le considérait comme la raison écrite; mais la *liberté* absolue du testateur, qui

n'est autre qu'une puissance illimitée, c'est-à-dire la force et le despotisme, est en opposition avec la loi du devoir et de l'affection qui doit porter l'homme à laisser ses biens à ceux que Dieu a unis par ce lien tout-puissant. La loi divine, qui attribue les biens de chaque famille aux membres qui la composent, l'emporte sur la volonté de l'homme, laquelle pourrait être désordonnée et injuste. C'est sur ce devoir, dit Domat, que sont fondées nos coutumes qui affectent tellement les biens aux familles, qu'elles ne permettent pas de disposer de tous les biens au préjudice des collatéraux les plus éloignés.

Sur ce dernier point, les auteurs du code civil se sont écartés des coutumes et de la doctrine de Domat; ils ont rejeté la réserve coutumière, comme je le dirai, en traitant des testaments. J'ai dit, et j'y reviendrai, que les coutumes allaient trop loin en immobilisant les biens dans les familles. C'était une nécessité providentielle, dans un temps où l'Eglise dépouillait les familles dans l'intérêt de son ambition et trop souvent de sa cupidité. Le législateur français a rendu disponibles les biens que les coutumes déclaraient indisponibles en les réservant à la famille. C'est un progrès vers la liberté, en théorie, mais à une condition, c'est que les consciences soient éclairées et affranchies du joug de la superstition; et nous n'en sommes pas encore là à la fin du dix-neuvième siècle.

La conclusion de la théorie de Domat, en ce qui concerne la nature du statut de succession, s'impose avec une force telle, que l'on a de la peine à comprendre que la doctrine et à sa suite le législateur aient maintenu la réalité, là où tout est personnel, famille, amour, devoir, volonté de Dieu. On peut objecter que Dieu a voulu aussi la diversité des nations, et par conséquent des lois, or, chaque législateur apprécie le lien du devoir et de l'amour à sa façon; cette diversité du droit procédant de Dieu, on ne peut pas dire que le droit divin se prononce pour le statut personnel plutôt que pour le statut réel. Sans doute, la succession peut être réglée diversement par les divers législateurs, et de là naissent d'inévitables conflits; mais il me paraît aussi hors de doute que les principes de Do-

mat aboutissent à la personnalité du statut de succession. Si Dieu nous fait naître dans une famille aux biens de laquelle nous participons, il nous rattache par cela même à la nation dont cette famille fait partie, et par conséquent à la loi qui régit cette nation. La naissance et la loi nationale sont unies par un lien intime; c'est la naissance et l'éducation, qui en est la suite, qui nous donnent nos sentiments et nos idées, et les lois sont l'expression de nos mœurs. N'est-il pas naturel que la loi qui exprime notre conception du devoir et de l'affection régisse aussi les rapports de famille où ces sentiments dominent? C'est donc la loi nationale qui doit régler les droits qui résultent de la famille, comme c'est elle qui règle son organisation.

238. Je n'entre pas dans les détails des divers ordres de successions. Pour ce qui regarde le droit civil international, cela est inutile, puisque le statut réel domine dans tout le droit héréditaire. Le but de cette Etude est de prouver que la réalité, en cette matière, est contraire aux principes. Il suffit pour cela que je mette en regard les règles qui régissent les diverses parties du droit de succession, et les conséquences qui résultent de la réalité du statut consacrée par l'article 3 du code. Ce sera la justification du changement que le législateur devra apporter à la théorie traditionnelle du statut, quand il revisera le code civil. Dans l'avant-projet de révision que j'ai proposé, j'admets la personnalité du statut de succession, en m'appuyant sur le code italien, ainsi que sur la science et la pratique allemandes. Cette Etude sur le droit héréditaire, au point de vue du droit civil international, sera la justification complète d'une innovation qui pourra rencontrer de la résistance, comme toutes les innovations, car toutes heurtent l'esprit traditionnaliste des hommes de loi. Mais l'objet que je me propose ne demande pas que je passe en revue tous les articles du code civil pour prouver qu'ils sont une dépendance du statut personnel; ces détails seraient insipides et inutiles; je dois me borner aux règles générales, sauf à répondre aux objections que l'on pourrait puiser dans les dispositions particulières du code.

Ces objections ne manqueront pas, et il est très facile de les multiplier dans une matière sur laquelle le code Napoléon n'a aucun principe certain : c'est une transaction, or rien ne prête autant à la critique que les systèmes transactionnels, qui sacrifient toujours une partie des vrais principes. Il en est ainsi de l'ordre des successions.

On dit d'ordinaire que le système de succession du code civil est fondé sur l'affection présumée du défunt. Cela n'est vrai qu'en partie. Il est certain que cela n'est pas vrai dans le partage par lignes ; en effet, il en résulte que le père du défunt peut concourir avec un collatéral du douzième degré. La vérité est que le législateur français suit deux principes : la proximité de parenté, c'est le principe de l'affection : et la conservation des biens dans la famille d'où ils proviennent, ce qui est le principe de justice, ou le devoir. D'une ligne à l'autre, c'est ce dernier principe qui l'emporte. Dans le sein de chaque ligne, le premier reprend son empire : le parent le plus proche dans chaque ligne exclut les plus éloignés (art. 733 et 734). Si, d'une ligne à l'autre, on ne considère pas le degré de parenté, c'est parce que le but de la loi est que les biens restent dans les familles d'où ils proviennent, tandis que, dans le sein de chaque ligne, cette considération n'a plus d'influence ; la loi revient alors au principe romain, celui de la proximité de degré.

Ces apparentes anomalies résultant de deux principes contraires n'empêchent pas le statut de succession d'être personnel. Elles ne choquaient pas Domat, qui des deux principes n'en fait qu'un, la loi de charité s'identifiant, dans les desseins de Dieu, avec la loi de justice. Au point de vue du droit civil international, cela est d'évidence. Le devoir est un élément personnel aussi bien que l'affection ; car l'amour ne doit pas être désordonné ; dans sa plus large acception, la charité est aussi un devoir, partant il ne saurait être en contradiction avec la justice. Peu importe donc que l'on s'en tienne à l'un des deux principes, ou qu'on les confonde dans une règle commune, c'est toujours à la personnalité que l'on aboutit, parce que la justice et la charité sont des sentiments personnels.

N° 5. LE MODE DE SUCCÉDER. LA REPRÉSENTATION.

239. On succède de son chef, ou par représentation. Aux termes de l'article 739 du code civil, « la représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté ». Toute fiction procède de la loi, qui seule a le droit de modifier la réalité des choses par les fictions qu'elle établit. On pourrait induire de là, et cela a été dit pour d'autres fictions, que toute fiction légale forme un statut réel; en effet, la loi étant limitée au territoire, et la fiction n'ayant d'autre cause que la loi, il semble que la fiction aussi est territoriale. Cela est trop absolu, et il faut se défier de ce qui est absolu, dans le droit international privé. Pour déterminer la nature d'une loi, il faut avant tout voir quel est le principe qu'elle établit; si le principe est d'intérêt social, il est évident que la loi est réelle, et il y aura un motif de plus de la déclarer réelle si elle crée une fiction. Telles sont les lois qui reconnaissent des personnes fictives, que l'on appelle personnes civiles ou juridiques; voilà des statuts réels, dans toute la force du mot. Je renvoie à l'étude que j'ai écrite ici-même, sur cette difficile matière. Mais si le principe, quoique consacrant une fiction, est d'ordre privé, pourquoi formerait-il un statut réel? C'est, il est vrai, le législateur qui crée la fiction; mais tout ce que la loi établit ne forme point, par cela seul, un statut réel; ce qui est d'intérêt privé ne prend pas le caractère de l'intérêt social par la raison qu'il s'y mêle une fiction. Nous en avons l'exemple dans la représentation : c'est une fiction, puisqu'elle opère un effet qui est contraire à la réalité des choses, en mettant sur la même ligne et comme étant au même degré deux héritiers dont l'un est au premier degré et l'autre au deuxième ou au troisième. Mais pourquoi la loi intervertit-elle la réalité, pour la remplacer par une fiction? Est-ce parce que la société y est intéressée? Non certes. Les auteurs du code vont nous dire que le même motif qui justifie la succession, l'affection

présumée du défunt, justifie aussi la représentation, ce qui est décisif pour la personnalité du statut.

240. « La représentation a lieu à l'infini, dans la ligne directe descendante » (C. Nap., art. 740). Sur quoi est-elle fondée? Chabot dit très bien, dans son excellent commentaire du titre des *Successions* et dans son rapport au Tribunat, que la représentation, bien qu'elle soit une exception, est fondée sur les mêmes motifs que ceux qui ont fait établir la règle (1). Quelle est la règle? C'est que dans chaque ordre les parents succèdent d'après la proximité de leur degré de parenté avec le défunt; la raison en est que la loi se détermine, en général, par l'ordre des affections; or, plus le successible s'éloigne, en degré, du défunt, plus l'affection née de la parenté diminue, jusqu'à ce qu'elle s'efface entièrement. Eh bien, quand un enfant du premier degré se présente pour succéder à son père, avec des enfants ou descendants d'un autre enfant qui est décédé avant son père, y a-t-il lieu d'appliquer la règle et de dire : Il y a un enfant du premier degré et il y a des descendants du deuxième et du troisième degré; le premier étant parent plus proche, on doit présumer que le défunt lui a porté une affection plus vive? Non, certes, l'orateur du gouvernement dit qu'une loi qui écarterait les descendants d'un degré plus éloigné, au profit de l'enfant du premier degré, serait une loi impie et contre nature (2). Le père qui a le malheur de voir un de ses enfants mourir avant lui reporte sur les pauvres orphelins l'affection qu'il avait pour son enfant. Son affection pour eux augmente même, parce qu'il doit leur tenir lieu du père que la mort leur a enlevé.

241. La représentation est encore admise, en faveur des enfants et descendants de frères et sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que, tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (C. Nap.,

(1) Chabot, *Des Successions*, t. Ier, p. 166 (art. 739, no 2) : Rapport au Tribunat, nos 18 et 19 (Locré, t. V, p. 108 et 109).
(2) Treilhard, *Exposé des motifs*, no 14 (Locré, t. V, p. 94).

art. 742). Sur l'étendue du droit de représentation en ligne collatérale, les coutumes variaient; il y en avait qui la rejetaient, ce sont ces coutumes que Treilhard qualifie d'impies et de lois contre nature. D'autres admettaient la représentation à l'infini, en ligne collatérale, comme en ligne directe; enfin il y en avait qui limitaient la représentation au profit des neveux et nièces, soit à certains degrés, soit à certains biens. Plus logiques, les auteurs du code civil ont admis le même principe pour la ligne collatérale et pour la ligne directe; en effet, il y a identité de motifs. Il faut voir, disait Chabot, quel est le système le plus conforme au *vœu de la nature*, à l'ordre des *affections*, et à la *volonté présumée* du défunt : « L'homme qui n'a pas d'enfants, et qui perd un frère qu'il aimait, reporte naturellement son *affection* sur tous les descendants de ce frère. Ses neveux, ses petits-neveux sont toujours pour lui ce qu'était son frère, dont ils prennent successivement la place, et qu'ils lui représentent tous également. Il existe d'ailleurs une *sympathie admirable* entre la *vieillesse* et l'*enfance*; on voit chaque jour que les petits-enfants et les petits-neveux sont précisément ceux auxquels s'attachent plus particulièrement les aïeuls et les grands-oncles; et cet intérêt devient encore bien plus vif lorsque ces enfants deviennent orphelins « et que leurs innocentes caresses semblent demander à leurs aïeuls et à leurs grands-oncles de leur tenir lieu de père et de mère. Imitant la *nature*, qui a établi une succession d'*amour* et de *tendresse* entre les frères et leurs descendants, la loi doit aussi établir entre eux la succession de biens (1) ».

Si Chabot avait fait un rapport sur le statut des successions, quelle conséquence aurait-il tirée de cet exposé des motifs en ce qui concerne la représentation? Il en aurait induit certainement que le statut est personnel, car les motifs qu'il expose si bien sont tous personnels : c'est la *loi de la nature* qu'il invoque, c'est l'*ordre des affections* et la *volonté présumée* du défunt que le législateur doit

(1) Chabot, *Rapport au Tribunat*, n° 19 (Locré, t. V, p. 109, suiv.).

consacrer : dans les lois, comme dans les familles, doit régner une *succession d'amour et de tendresse*. C'est ainsi, conclut-il, que l'on fortifiera les liens qui unissent les familles, et cette union fait le bonheur des Etats. Chabot ne dit pas un mot des biens, sinon pour en subordonner la distribution au vœu de la nature. Et est-ce que la nature, par hasard, voudrait que les biens situés en pays étranger, sous des coutumes qui rejettent la représentation des neveux et petits-neveux, ne deviennent point leur partage? La volonté présumée du défunt serait-elle autre pour les biens situés dans les pays de droit écrit que pour les biens situés en France? Quant à la puissance souveraine, elle ne figure point dans le rapport de Chabot, sauf que le législateur doit suivre la loi de la nature telle qu'il la comprend. Donc tout est personnel, rien n'est réel.

242. Il y avait des coutumes qui admettaient la représentation à l'infini en ligne collatérale, quel que fût le degré de parenté, pour les cousins les plus éloignés comme pour les parents les plus proches. La loi de nivôse consacra ce principe qui s'harmonisait si bien avec l'esprit démocratique du législateur en morcelant le sol. Les auteurs du code civil le rejetèrent. Chabot dit très bien que la loi ne doit pas aller plus loin que la nature elle-même, ni supposer des affections égales, lorsque réellement elles n'existent pas : « Etendre la représentation à tous les parents collatéraux sans distinction, la faire remonter jusqu'aux oncles et grands-oncles et à leurs enfants et descendants, mettre en concurrence des cousins et des arrière-petits cousins avec les descendants des frères et sœurs, c'est supposer que le défunt avait la même tendresse pour les uns et pour les autres, et cette supposition est contre la nature et la vérité. Le cœur de l'homme ne met pas ordinairement sur la même ligne les descendants des oncles et des grands-oncles et les descendants des frères et des sœurs; toute la ligne des frères et des sœurs lui tient évidemment par des liens plus proches et conséquemment plus chers. Borner la représentation en ligne collatérale aux enfants et descendants des frères et

des sœurs, c'est donc avoir suivi la *nature* dans l'*ordre de ses affections*; et toutes les fois qu'on la prend pour guide, il est rare qu'on se trompe. »

Je demande de nouveau ce que Chabot aurait pensé de la réalité du statut de la représentation. Certainement il l'eût rejetée. Quoi! dans telle coutume on admet la représentation à l'infini, en faveur de parents éloignés que le défunt ne connaissait même pas; et l'on dira néanmoins que des arrière-petits-cousins qui, d'après leur statut national, ne jouissent pas du bénéfice de représentation, pourront représenter leur père pour les biens situés dans cette coutume! Le législateur des personnes décidera qu'il n'y a point de lien d'affection qui justifie la représentation; et le législateur du territoire dira : le défunt est présumé avoir eu de l'affection pour des enfants qu'il ne connaissait pas, parce que les biens de la succession sont situés sur mon territoire! L'affection serait donc déterminée par la situation des biens! Le défunt aura eu de l'affection ou il n'en aura pas eu pour des arrière-petits-cousins selon que les biens seront situés sous telle coutume ou sous telle autre! Puis viendra la distinction des meubles et des immeubles, qui mettra le comble à l'absurde en décidant que le défunt avait une vive affection pour ses cousins du douzième degré, en ce qui concerne les immeubles, mais qu'il ne les aimait pas plus que l'on n'aime des inconnus, quand il s'agit de la succession aux meubles!

243. Le législateur français s'est écarté de la loi de la nature dans la matière de la représentation en excluant de la succession les enfants de l'indigne quand ils ne peuvent hériter de leur chef. Il s'est laissé entraîner par la rigueur des principes; sans doute on ne représente pas un indigne, puisqu'on ne peut prendre la place de celui qui n'avait pas de droit à exercer. Mais n'était-ce pas le cas de faire exception au principe, afin de mettre la loi en harmonie avec le vœu de la nature? Le président Bouhier disait que la doctrine qui ne permet pas à l'enfant de l'indigne de représenter son père est en opposition avec la raison et avec l'équité. Telle était aussi l'opinion de

Pothier (1). Comment concilier le cri de la nature avec le principe de la représentation? Il faut dire que les hommes ne sont pas faits pour les principes, que les principes sont faits pour les hommes. Quand donc il arrive, comme dans l'espèce, qu'un principe appliqué rigoureusement aboutit à une conséquence qui révolte la nature, le législateur doit laisser là la rigueur des principes et suivre la voix de la nature. Il en est ainsi surtout dans la matière de la représentation qui est basée sur l'ordre des affections naturelles. C'est ce qu'a fait le législateur italien; s'il déroge aux principes en permettant à l'enfant de l'indigne de représenter son père (art. 728), par contre, il reste fidèle à la loi de la nature qui est le fondement de la représentation; il y a conflit de principes, c'est à la loi de se prononcer pour la raison et l'équité.

Le conflit de la loi italienne et de la loi française conduit à une conséquence souverainement absurde dans la théorie des statuts, telle que l'article 3 du code Napoléon l'a consacrée. Du principe que le statut de succession est réel suit que l'enfant italien d'un père indigne ne pourra pas le représenter en France pour les biens qui y sont situés. Ainsi une loi inique, de l'aveu même des grands jurisconsultes de France, l'emportera sur une loi équitable, dans une matière d'équité, parce que les biens sont situés dans un pays dont le législateur s'est trompé; la situation des immeubles commandera l'iniquité, tandis que dans les successions mobilières, la voix de la nature sera écoutée. Il est vrai que, dans l'hypothèse inverse, la personnalité du statut conduira aussi à une conséquence que l'équité repousse. Une succession s'ouvre en Italie; l'enfant d'un indigne, Français, se présente à l'hérédité, il en sera exclu en vertu de son statut personnel, qui ne lui permet pas de représenter son père. Mais, dans ce cas, l'iniquité ne peut pas être imputée à la doctrine des statuts; c'est le législateur français qui est le coupable; il est bon de constater le fait de ce déplorable conflit; ce sera un motif pour corriger la loi française. Et en atten-

(1) Voyez les témoignages pour et contre dans mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 84, nº 72.

dant que l'on procède à la révision, ce qui ne se fera pas de sitôt en France, les traités pourraient porter remède au mal. Que la science ne se lasse point de faire appel à la diplomatie : elle finira par être écoutée.

§ III. *Les successions irrégulières.*

N° 1. L'ENFANT NATUREL.

I. *Le système du code civil.*

244. Le code civil porte : « Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère (art. 756). » « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés est réglé ainsi qu'il suit. Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père et mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendants, ni frères ni sœurs » (art. 757). « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible (art. 758). » « Ces dispositions ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments (art. 762). »

245. Pour comprendre et apprécier le système du code Napoléon, il faut remonter au droit antérieur. Les bâtards commencèrent par être serfs du seigneur haut-justicier ; leur succession lui appartenait au même titre que celle des serfs et des aubains ; ils étaient incapables de recueillir comme de transmettre. Les rois enlevèrent aux seigneurs l'héritage des bâtards et des aubains, mais les enfants naturels restèrent frappés d'incapacité juridique ; étant sans famille, ils ne pouvaient exercer les droits que la loi attache à l'état de famille : « Enfants

bâtards ne succèdent » : cette disposition de la coutume de Paris formait le droit commun de la France. « Par le droit français, dit Pothier, les bâtards n'appartiennent à aucune famille et ne succèdent à personne, si ce n'est à leur enfant en légitime mariage (1). »

Je me hâte d'ajouter qu'il y avait des coutumes plus favorables aux enfants naturels; dans la Flandre on suivait comme principe que *nul n'est bâtard de par sa mère*; par suite, les enfants naturels succédaient à leur mère et à leurs parents maternels (2). Ce principe, si équitable, était mal vu en France. Lebrun disait que les coutumes flamandes blessaient en quelque façon l'honnêteté publique (3). La tradition exerce un empire tyrannique sur les légistes; cela a été, cela est, donc cela doit être. Bien des lois n'ont d'autre fondement, dit Montaigne, que ce préjugé de la routine. Cependant, en théorie, les anciens jurisconsultes admettaient que l'*ordre de la nature* demandait l'égalité des bâtards et des enfants légitimes, puisqu'ils étaient enfants du même *sang*. Pourquoi donc s'obstinaient-ils à leur refuser les droits que le *sang* donne? Ils alléguaient des raisons dont nous aurions honte aujourd'hui. C'est la loi civile, disait-on, qui leur impose une *peine* à cause de la *faute* de leur *père* (4). Peut-il y avoir une plus criante iniquité? Les juristes étaient si habitués à voir les enfants punis pour la faute de leurs parents, que l'iniquité devenait à leurs yeux une loi de justice.

246. Au dix-huitième siècle, il se fit une violente réaction, au nom de la nature, contre les lois qui la violent. La révolution française fut une explosion, parfois excessive et déréglée, de ces sentiments, qui étaient justes au fond. Cambacérès n'avait-il pas raison de dire : « La privation des droits de successibilité, l'exhérédation, est à la fois une peine flétrissante et cruelle, c'est la peine des grands *crimes*; elle n'est donc pas applicable aux enfants naturels, car la *nature* qui nous a fait une loi de mourir,

(1) Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n° 118.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Bâtards*, sect. Ire, n° 2 (t. III, p. 9 de l'édition de Bruxelles).
(3) Lebrun, *Des Successions*, livre Ier, chap. II, sect. Ire, n° 5.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Bâtards* (t. III, p. 8).

ne nous a pas fait un crime de naître. » Le rapporteur de la Convention aurait pu dire plus : ce n'est pas l'homme qui crée, c'est Dieu ; et ceux que Dieu appelle à la vie, en dehors du mariage, doivent-ils être flétris par le législateur ? Dieu le fait dans les vues de sa Providence, dont les décrets sont pour nous un mystère ; mais il suffit qu'un enfant naisse par la volonté divine, pour que le législateur doive respecter son droit à la vie, et Domat ne dit-il pas que les biens sont un accessoire de la vie et que l'enfant y a droit par cela seul qu'il naît au sein d'une famille ? Mais les légistes ne veulent pas que le bâtard ait une famille ! Cambacérès a raison de se révolter contre la tyrannie de l'habitude et contre les préjugés auxquels les hommes de loi donnent l'autorité du droit. Il existe une loi supérieure à toutes les autres, loi éternelle, inaltérable ; la loi de la nature proclame le droit égal des enfants naturels et des enfants légitimes (1).

Le décret du 4 juin 1793 proclama le principe de l'égalité ; la loi du 11 brumaire an II l'organisa : elle déclare que les enfants nés hors le mariage auront les mêmes droits de successibilité que les autres enfants. Le législateur révolutionnaire fait cependant exception pour les enfants adultérins ; il leur accorde, à titre d'aliments, le tiers de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient nés dans le mariage. La loi de brumaire ne parle pas des enfants incestueux. On a beaucoup déclamé contre la loi d'égalité, consacrée par la Convention nationale ; on l'a accusée de déverser le mépris sur l'institution de la famille. Est-ce que nos vieilles coutumes flamandes entendaient avilir le mariage en déclarant qu'il n'y a point de bâtard de par sa mère ? La maternité est certaine, donc l'enfant a droit aux biens accessoires de la vie ; et si le sang de la mère coule dans les veines de l'enfant, n'en est-il pas de même du sang du père ? Et là où il y a même sang, ne doit-il pas y avoir même droit ? Qui autorise le législateur à faire de l'enfant naturel un paria dans la société ?

(1) Cambacérès, *Rapport sur l'état des enfants naturels fait au nom du comité de législation* (Choix de rapports, opinions et discours, t. XIII, p. 347 et suiv.).

247. Le code civil n'a pas admis le principe d'égalité; mais il a repoussé aussi le principe d'inégalité de l'ancien droit. Chabot dit qu'il a concilié les droits de la nature avec le respect dû à la dignité du mariage. Il avoue que l'ancienne législation était injuste et barbare à l'égard des enfants naturels, en ne leur accordant que de simples aliments, tandis que la totalité des biens de leurs père et mère passait aux parents même les plus éloignés, et, à leur défaut, au fisc. Chabot ajoute que les lois de 1793 et de l'an II tombèrent dans un excès contraire en donnant aux enfants naturels tous les droits des enfants légitimes. Le code civil, dit-on, est plus équitable tout ensemble et plus moral, il n'accorde pas aux enfants naturels les droits et les honneurs de la légitimité, il ne les place pas dans la famille, il ne leur donne pas même le nom d'héritiers; mais il leur attribue sur la succession de leurs père et mère un droit dont la quotité est plus restreinte lorsqu'il y a des enfants légitimes, plus étendue lorsqu'il n'y a que des ascendants ou des frères et sœurs, et plus considérable encore lorsque l'enfant naturel est en concours avec des collatéraux. Est-il vrai que cette transaction concilie parfaitement les droits de la nature avec ce qu'exigent les bonnes mœurs, la faveur du mariage et le droit des familles (1)?

Je rends volontiers hommage au sentiment moral qui a inspiré les auteurs du code civil. Mais ne se sont-ils pas fait illusion sur l'influence que les lois exercent en ce qui concerne les bonnes mœurs? Si, au lieu de faire des lois sévères, et parfois draconiennes, sur les enfants naturels, le législateur français avait pris à cœur sérieusement de répandre l'instruction et l'éducation à flots; s'il avait fait de la moralisation le principe dominant de l'enseignement à tous les degrés, je crois que la moralité s'en serait mieux trouvée. Les lois morales n'ont point manqué sous l'empire romain. Auguste permit à tous les citoyens de dénoncer l'adultère et d'en demander vengeance; Constantin le punit de mort. Justinien prononça contre l'in-

(1) Chabot, *Rapport*, n° 28 (Locré, t. V, p. 118).

ceste les peines les plus rigoureuses, la confiscation, l'exil, l'infamie. Les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux étaient couverts d'opprobre; le législateur leur refusait même l'action alimentaire, comme s'ils étaient indignes de vivre et comme s'il voulait les condamner à mourir. L'histoire nous apprend que ces rigueurs injustes n'arrêtèrent pas la corruption des mœurs, et la décadence qui en est la suite inévitable. Et si les mœurs se corrompaient, c'est que la religion avait perdu son empire sur les âmes, et la morale, sans l'appui du sentiment religieux, est peu efficace. N'est-ce pas là aussi l'état de notre société? Aussi souvent que l'occasion s'en présente, je jette un cri d'alarme : *Caveant consules!*

248. Quelle sera notre conclusion en ce qui regarde la nature du statut des enfants naturels? Qu'il soit réel dans le système du code civil, cela ne fait pas de doute. J'ai dit ici même que la jurisprudence est en ce sens : un enfant espagnol, exclu de la succession en vertu de sa loi nationale, a été admis à succéder en France sur les biens qui y étaient situés (1). Par contre, dans le système de la réalité, l'enfant naturel français serait exclu des biens situés en Espagne, tandis qu'il aurait part aux biens situés en France. Il en serait de même, dans le conflit qui existe entre le code d'Italie et le code Napoléon. Le législateur italien n'a point partagé l'avis des auteurs du code français; il a étendu, dans une large mesure, les droits des enfants naturels; quand ils sont en concours avec des enfants légitimes, leur part est portée du tiers à la moitié de ce qu'ils auraient eu s'ils étaient nés du mariage; en concours avec des ascendants, ils prennent les deux tiers au lieu de la moitié que leur acccorde le code civil; enfin, ils excluent les collatéraux et prennent toute l'hérédité. Si un enfant naturel italien était appelé à succéder en France, il n'y obtiendrait que la part beaucoup plus réduite que lui alloue l'article 757. Voilà de nouveau une conséquence absurde résultant de la réalité du statut de succession. Le code italien a corrigé la

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 219, n° 117.

rigueur du code Napoléon, il est certainement plus équitable, et, dans mon opinion, plus juste, en ce sens qu'il tient compte des droits de l'enfant, tandis que le code français sacrifie ce droit à des considérations morales, sans que la morale y gagne. L'iniquité, encore une fois, et l'injustice triomphent, grâce à la situation des biens. Il est vrai que le système de la personnalité pourrait aussi être défavorable à l'enfant naturel; ainsi, en Italie, l'enfant naturel français aurait grand intérêt à invoquer le statut territorial; mais le statut des successions étant personnel, d'après le code italien, l'enfant étranger serait régi par le statut français. Je répète que ce résultat n'est pas imputable à la doctrine du statut personnel; les vrais coupables sont les auteurs du code civil. Il faut le dire; la France se voit devancée par l'Italie dans la législation privée; et bientôt, je l'espère, la Belgique, à son tour, la devancera. Ces regrettables conflits ne cesseront que par la révision des codes : elle devrait être régulière et permanente, afin de maintenir toujours l'harmonie entre les lois et le progrès social. Et je puis le dire, puisque tout le monde l'avoue : la législation française sur les enfants naturels est une tache du code civil; elle doit disparaître.

Je reviens à la nature du statut, et je demande lequel des deux systèmes, français et italien, est le plus juridique : faut-il considérer le statut comme réel, avec le législateur français, ou, comme personnel, avec le législateur italien? J'ai répondu d'avance à la question, en me prononçant pour la personnalité. La règle générale doit recevoir son application au statut des enfants naturels. Je parle en théorie, en faisant abstraction de la loi française qui déroge au principe d'affection et rapporte tout à la morale, c'est-à-dire qu'elle sacrifie le droit de l'enfant au droit de la société, telle qu'elle le comprend. Je suppose que le futur code des Belges maintienne dans les successions irrégulières le principe que le code Napoléon suit dans les successions légitimes : le vœu de la nature et l'affection du père pour son enfant. Dans cet ordre d'idées, il ne saurait y avoir de doute; le principe sur lequel repose la succession des parents naturels et des parents légi-

times étant identique, le statut serait aussi le même, donc personnel.

249. Mais la solution de la question serait difficile si le nouveau code maintenait le système de transaction du code français. Une transaction n'a pas de principe certain; Chabot vient de nous le dire : les auteurs du code ont voulu concilier le droit de l'enfant avec l'intérêt de la morale; si c'est le droit de l'enfant qui domine, le statut est personnel; si l'intérêt de la morale est prépondérant, le statut devient réel, en ce sens qu'il dominera le statut de l'étranger.

Pour les enfants adultérins et incestueux, il ne saurait y avoir de doute; le code, fidèle à la rigueur excessive qu'il leur témoigne, ne leur accorde pas de droit de succession, il ne leur donne qu'une créance alimentaire (art. 762). J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que le législateur français a sacrifié le droit de l'enfant à l'intérêt de la morale publique, ce qui est décisif, en ce qui concerne la nature du statut; la société n'a pas de plus grand intérêt que celui des bonnes mœurs; quand il domine à ce point que la loi n'a plus égard aux droits de la nature, il faut dire qu'elle l'emporte à plus forte raison sur le droit de l'étranger : le statut personnel de l'étranger cédera donc devant le statut territorial. Faut-il en dire autant de statut qui régit les enfants naturels? Ici la solution est douteuse. Je me suis prononcé pour la personnalité, quand il s'agit de la filiation; or le droit aux biens est une conséquence de la filiation; la conséquence ne saurait être d'une autre nature que la cause d'où elle découle. Il y a une autre considération à l'appui de la personnalité du statut de succession : c'est la comparaison de l'article 762 qui règle la situation des enfants adultérins ou incestueux, et des articles 757 et 758 relatifs aux enfants naturels. A ceux-ci la loi accorde un droit de succession, donc un droit identique au fond avec celui des enfants légitimes; si celui-ci forme un statut personnel, il en doit être de même du statut qui détermine la part des enfants naturels dans les biens délaissés par leur père ou mère. Qu'importe que leur part soit moindre que celle des en-

fants légitimes : ce n'est pas la quotité du droit qui en détermine le caractère réel ou personnel, c'est la nature du droit. Il y a sans doute des anomalies dans les détails. On ne peut pas dire que la succession des enfants naturels soit l'expression de la volonté présumée du père; la loi ne tient pas compte de sa volonté, ni de son affection; si elle y avait égard, elle devrait donner tout à l'enfant naturel. Mais on ne peut pas dire non plus qu'elle n'en tient aucun compte et que tout dépend de la morale; car l'enfant naturel succède, il peut même recueillir toute l'hérédité; cela prouve que la volonté ou l'affection du père joue le grand rôle dans la vocation des enfants naturels, ce qui est décisif pour la nature du statut.

II. *Droit de l'enfant légitimé.*

250. Le code Napoléon porte, article 333 : « Les enfants naturels légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. » La succession est le principal de ces droits, de là l'importance de la question de savoir si la légitimation forme un statut personnel, en ce qui concerne le droit de succéder. La *common-law* d'Angleterre n'admet point la légitimation par mariage subséquent : en faut-il conclure que l'enfant légitimé en France par le mariage de ses père et mère ne pourra pas succéder en Angleterre? J'ai examiné la question d'état en traitant de la filiation (1). Dans mon opinion, la légitimation opérant un changement d'état tombe sous l'application de l'article 3 du code civil, qui pose en principe que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». Le statut est donc personnel; mais ce statut reçoit-il son application aux successions? Il y a un motif de douter qui a entraîné un excellent jurisconsulte. Wächter enseigne que le fait de la légitimation et la qualité de légitimé dépendent du statut personnel, mais que l'effet de la légiti-

(1) Voyez le tome V de ces Etudes, nos 216-263.

mation, et notamment le droit de succession sont régis par le statut territorial (1). S'il était vrai, comme le dit la cour de cassation de France, que tout est réel en matière de succession, même la capacité, il faudrait décider, sans hésiter, que les effets de la légitimation sont subordonnés à la loi de la situation des biens, quand il s'agit de savoir si l'enfant légitimé succède aux immeubles situés dans un pays où la légitimation n'est point admise. En effet, la succession aux immeubles, dans le droit traditionnel, est une question de souveraineté, c'est au souverain de chaque pays de régler les conditions sous lesquelles les biens immobiliers se transmettent; il n'appartient pas à la loi étrangère, organe d'une souveraineté étrangère, de régler la succession aux immeubles qui sont situés hors des limites de son territoire. Il en est autrement des meubles, qui suivent la personne et sont régis par la loi personnelle du défunt, en matière de succession. J'ai combattu, dans cette Etude, le principe admis par la cour de cassation (n°s 172-174) et je rejette aussi la conséquence qui en résulte quant à l'effet de la légitimation. En théorie, la solution de la difficulté dépend de la notion de la souveraineté; si elle est territoriale et absolue, comme on l'enseignait jadis, elle domine le statut personnel, en matière de succession. Les termes de l'article 3 du code civil semblent conçus en ce sens : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». C'est à l'occasion de cet article que Portalis a exposé la doctrine de la souveraineté territoriale et indivisible. J'ai dit et répété, dans le cours de ces Etudes, que la souveraineté a changé de nature; elle embrasse sans doute le territoire sur lequel elle étend son empire; mais il faut pour cela qu'elle y ait un intérêt et un droit. Cette théorie conduit à une distinction entre les intérêts privés et les intérêts généraux; y a-t-il un intérêt général en cause, le droit de la puissance souveraine domine le droit que l'étranger invoque en vertu de son statut personnel; mais dans le domaine des intérêts privés, la souveraineté

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 365.

est désintéressée, cela décide la question de légitimation. Il s'agit d'un droit de famille, donc d'un intérêt privé, partant, les droits de la puissance souveraine sont hors de cause. Reste à savoir si l'on peut admettre cette doctrine en présence des termes absolus de l'article 3. C'est un motif de douter. J'y ai répondu d'avance, en essayant de soustraire à l'empire du statut réel et de la souveraineté territoriale la capacité requise pour succéder. Or, dans l'espèce, la question concerne la capacité, puisqu'il s'agit de l'état de l'enfant naturel, que la légitimation change radicalement. Cela me paraît décisif. C'est l'opinion de Fiore et d'Antoine, mais leur avis est de peu d'autorité en cette matière, puisqu'ils admettent, en principe, la personnalité du statut de succession, ce qui est en opposition avec la tradition que l'article 3 du code civil consacre implicitement (1).

251. La légitimation par lettres du prince soulève de nouvelles difficultés. En théorie, il n'y a aucune différence entre cette légitimation et celle qui s'opère par le mariage subséquent des père et mère de l'enfant naturel; l'une et l'autre produisent un changement d'état, donc elles dépendent du statut personnel. Je renvoie à ce que j'ai dit en traitant de la filiation (2). Mais la théorie, en cette matière, n'est pas décisive; le droit de succession, en droit international privé, relève essentiellement de la tradition; c'est donc toujours à la tradition française qu'il faut remonter; or, nos anciens auteurs sont unanimes à enseigner que les lettres du prince ne peuvent pas donner à l'enfant naturel le droit de succéder. Bouhier seul essaye de faire prévaloir le statut personnel de l'enfant, mais il avoue que l'opinion contraire est généralement suivie (3). Cela paraît décisif. Néanmoins il y a un doute qui nous fait pencher en faveur de l'enfant légitimé. Si nos anciens auteurs se sont prononcés contre les lettres de légitimation, c'est parce que ces lettres ne pouvaient tenir lieu du

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, n° 399. Antoine, *De la Succession en droit international privé*, n° 76, p. 88.

(2) Voyez le tome V de ces Études.

(3) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 24, p. 689, n°s 125-129.

mariage qui seul efface la tache de la naissance illégitime. Quand, en vertu de son pouvoir absolu, le prince déclarait un enfant légitime quoiqu'il fût un bâtard, les légistes auraient bien voulu admettre que la légitimation produisît ses effets dans les Etats du souverain, qui l'avait accordée; mais il leur répugnait de reconnaître qu'un privilége si contraire au droit commun eût effet hors du territoire où il avait force de loi (1). La légitimation par lettres du prince a changé de nature; ce n'est plus le pouvoir arbitraire d'un roi qui, comme Louis XIV, légitime ses bâtards adultérins, et force le parlement à enregistrer ses lettres, en se faisant complice de l'immoralité du prince que ses flatteurs appelaient le grand roi. Et si un enfant adultérin ou incestueux se procurait des lettres de légitimation, les tribunaux les repousseraient au nom de la morale publique, qui forme un vrai statut réel, en ce sens que les actes émanés d'une souveraineté étrangère ne peuvent jamais être invoqués contre une loi territoriale qui est d'intérêt public. Telle n'est pas la légitimation que le roi peut accorder, d'après les codes des Pays-Bas et d'Italie; elle se fait avec le concours de l'autorité judiciaire; ce n'est plus un acte arbitraire despotique, immoral, c'est un acte légal, fait en vertu d'une loi qui sauvegarde les intérêts de la morale, et pour des causes légitimes. Dès lors, il n'y a aucune différence, quant aux effets juridiques, entre la légitimation accordée par le prince, et celle qui résulte du mariage subséquent.

N° 2. LE CONJOINT SURVIVANT.

252. Le code Napoléon porte, article 767 : « Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit. » Au conseil d'Etat, Maleville demanda pourquoi l'on avait omis, au chapitre des *successions irrégulières*, une disposition du droit romain, reçue dans l'ancienne jurisprudence, qui donnait

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t Ier, p. 64.

une pension à l'époux survivant quand il était pauvre, et quand il y avait des parents légitimes, cas dans lequel il n'y a pas lieu à la succession de l'article 767. Treilhard répondit qu'il y était pourvu par l'article 754, lequel accorde au conjoint l'usufruit du tiers des biens. C'était une étrange méprise; l'article 754 ne parle pas même du conjoint survivant, il donne à la mère ou au père, héritier de son enfant, l'usufruit du tiers des biens dévolus à la ligne collatérale. Cependant le conseil d'Etat, y compris Maleville, se contenta de cette réponse. Ainsi, dans la pensée des auteurs du code civil, le conjoint survivant devait avoir un droit de succession; alors même qu'il concourait avec des parents légitimes, ce droit devait consister en un usufruit. Tel était, en effet, le droit des pays de coutumes.

253. Le droit de la veuve était admis dans toutes les provinces sous l'ancien régime, mais il variait selon les pays de droit écrit et les pays coutumiers. Dans les premiers, on suivait les constitutions impériales qui accordaient à la femme pauvre et sans dot une part dans la succession de son mari: elle prenait le quart des biens, sauf quand il y avait plus de trois enfants; dans ce cas, elle avait une part virile. La veuve était donc mise à peu près sur la même ligne que les enfants issus de son mariage. Le principe était excellent si on l'avait appliqué à toute femme; en ne l'accordant qu'à la veuve pauvre, on transformait le droit en aumône; puis on oubliait le mari survivant. S'il est vrai que la succession est le testament du défunt, son conjoint ne doit-il pas y avoir la première place à côté des enfants? Dans les pays de droit écrit on reconnaissait le même droit au mari pauvre. Un avocat général au parlement de Provence a exposé, en très bons termes, l'esprit dans lequel la jurisprudence donnait une part de la succession à la veuve. « Conviendrait-il que celle qui a porté avec dignité le nom et la qualité d'épouse durant la vie de son mari, qui a partagé son état et participé à tous ses avantages, tombât tout à coup dans une honteuse pauvreté parce qu'elle n'aurait apporté dans la communauté des biens que des vertus et du mérite? Un

homme qui épouse une femme dont il connaît l'indigence n'ayant égard qu'à ses qualités personnelles, contracte l'engagement de pourvoir pour toujours à sa subsistance. Que ceux qu'un lieu si sacré a unis, et d'une union si parfaite qu'ils ne sont plus qu'une même chair, n'aient aussi qu'un même état et qu'une même fortune comme ils n'ont qu'un même nom (1)! »

Les coutumes n'admettaient pas le droit d'hérédité au profit du conjoint, elles accordaient à la veuve un douaire, sans distinguer si elle était pauvre ou non. Pothier dit que le douaire est ce que la *convention* ou la *loi* accorde à la femme dans les biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle lui survive. L'origine de ce droit remonte aux mœurs des Germains. Tacite rapporte que chez ces peuples, les femmes n'apportaient pas de dot aux maris, mais en recevaient une. De là l'ancienne formule usitée jadis dans la célébration des mariages. Le prêtre faisait dire à l'homme, au moment où il l'unissait à la femme : « Du douaire qui est divisé entre mes amis et moi, te doue. » La convention finit par devenir une loi tacite du mariage, et fut insérée, à ce titre, dans les coutumes (2). Une coutume du treizième siècle contient une disposition admirable de sentiment et de justice sur le droit de la femme : On lit dans les Assises de Jérusalem : « Nul homme n'est si droit héritier au mort comme est la femme épouse (3). » C'est le cri du cœur, et les grandes pensées viennent du cœur, dit Vauvenargues. Il est vrai que, d'après le droit strict, la femme ne peut être héritière du mari, puisque l'hérédité est un droit de parenté, et la femme n'est pas parente de son mari. En ce sens, le douaire coutumier est plus en harmonie avec les vrais principes que le droit de succession proprement dit; c'est une convention tacite de mariage. Mais, peu importent les principes en cette matière. Il ne faut pas oublier que la succession doit être le testament du défunt. Or, la mort ne rompt pas le lien des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Quarte de conjoint pauvre*, n°s 1 et 4 (t. XXVI, p. 176 de l'édition de Bruxelles).
(2) Pothier, *Du douaire*, n°s 1, 4 et 14.
(3) Assises de Jérusalem, *Cour des Bourgeois*, chap. CLXXXVI.

âmes ; elle lui donne, au contraire, une force nouvelle ; donc elle ne doit rien changer à la position pécuniaire de celui qui a le malheur de survivre.

234. Le code italien a donné au conjoint survivant, sans distinguer entre la femme et l'homme, un droit de succession, de même nature que celui des parents. Quand le conjoint concourt avec des enfants légitimes, ce qui est le cas ordinaire, il prend une part d'enfant en usufruit. C'est le douaire des coutumes. Quand le conjoint concourt avec des ascendants, il prend le tiers des biens en toute propriété ; si le défunt n'a laissé que des collatéraux, l'époux prend les deux tiers ; et si les collatéraux sont au delà du sixième degré, le conjoint recueille tous les biens (art. 753-755).

Je ne discute pas ce système, je le constate. Le principe est celui des coutumes germaniques, les détails diffèrent : cela est indifférent au point de vue de mes Etudes. Il y a conflit entre le droit français et le droit italien. Si c'est un conjoint italien qui se présente à une succession ouverte en France, il y prendra, dans les biens mobiliers, la part que lui donne le code d'Italie, puisque les meubles suivent la personne et sont régis, dans l'espèce, par le statut personnel du défunt, que nous supposons être Italien. Mais le conjoint sera entièrement exclu des immeubles situés en France ; le statut de la situation exclut ici le statut personnel, en vertu du principe de la souveraineté territoriale consacré par l'article 3 du code civil. Le résultat est aussi étrange que la méprise du législateur français. Je suppose que le conjoint italien soit en concours avec des enfants : il aurait droit à une part d'enfant en usufruit. Or, le conseil d'Etat, sur la foi de Treilhard, était convaincu que le conjoint survivant avait droit à l'usufruit du tiers des biens, il voulait donc le lui assurer ; et néanmoins le conjoint n'aura rien, en vertu du statut réel, qui effectivement ne lui donne rien. Ainsi, la justice de la loi italienne, reconnue par le législateur français, sera dominée par l'injustice involontaire de la loi française. Pour le coup, Pascal aurait raison de s'écrier : Plaisante justice !

Si une succession s'ouvrait en Italie au profit de parents français, le conjoint du défunt, que je suppose Français, n'y pourrait prendre aucune part ; car le code italien admet le statut personnel en matière de succession ; donc, dans l'espèce, la succession sera régie par le code Napoléon, et la méprise du conseil d'Etat l'emportera de nouveau sur la justice. Le conjoint doit s'en prendre à sa loi nationale. Ces conflits entre la loi positive et la justice sont affligeants; et telle est la force de la routine qu'elle se perpétue. La méprise de Treilhard aura bientôt une durée séculaire. On a fait une proposition, après 1848, en faveur de la veuve pauvre; elle n'a pas eu de suite. Les corps législatifs ne trouvent pas le temps, au milieu des préoccupations politiques, de corriger les lois d'intérêt privé, et quand ils se mettent à reviser un code, il leur faut un quart de siècle pour aboutir. Il y a là un vice auquel il faut chercher un remède; la justice, qui devrait être le premier de tous les intérêts sociaux, vient en dernière ligne!

N° 3. L'ÉTAT.

253. Le code civil, article 768, porte : « A défaut du conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat. » La loi ne dit pas que l'Etat hérite. En tant qu'il exerce des droits, l'Etat est une de ces personnes fictives que la doctrine appelle civiles ou juridiques ; or, un être fictif ne saurait succéder, lord Coke dit qu'il n'a pas d'âme, et Savigny dit qu'il n'a pas de sang; si l'Etat recueille les biens, c'est par application du principe établi par l'article 539 : « Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public. » C'est pour empêcher le désordre auquel donnerait lieu le droit d'occupation que la loi attribue à l'Etat les biens qui n'ont pas de maître (art. 713).

Tel est le seul titre de l'Etat aux successions que personne n'a le droit de réclamer ou que personne ne réclame. Les orateurs qui ont exposé les motifs du code insistent beaucoup sur le fondement du droit de succes-

sion que le code accorde à l'Etat. Je transcris ce qu'ils disent, parce que c'est le motif du droit qui en détermine la nature. « Le fisc, dit Siméon, l'orateur du Tribunat, recueille les successions auxquelles personne n'a le droit de se présenter, par cette raison que ce qui n'appartient à aucun individu appartient au corps de la société qui représente l'universalité des citoyens. Jouissant pour l'avantage commun, il prévient les désordres qu'entraîneraient les prétentions de ceux qui s'efforceraient d'être les premiers occupants d'une succession vacante. » Dans le *Discours préliminaire* du projet de code civil, Portalis déclare que « le droit de l'Etat sur les successions que personne ne réclame n'est pas un droit d'hérédité, c'est un simple droit d'*administration* et de gouvernement. Il n'y a que les despotes qui se prétendent propriétaires des biens de leurs sujets » (1). Parmi ces despotes se trouvait Louis XIV, et ses confesseurs le maintenaient dans cette croyance.

En disant que l'Etat n'a qu'un pouvoir d'administration et de gouvernement, Portalis n'entend pas nier que l'Etat est propriétaire; le code dit formellement que la succession est *acquise* à l'*Etat*. Et ce droit de propriété de l'Etat s'explique très bien, sans que l'on recoure à l'hypothèse du prétendu droit que le prince aurait sur tout ce qui appartient à ses sujets. Celui qui meurt sans laisser de parents au degré successible et sans tester ne peut avoir qu'une seule intention, celle de laisser ses biens à l'Etat, puisque à sa mort ses biens seront sans maître, et il sait que ces biens appartiennent à l'Etat.

Le fisc est peu favorable. C'est ce qui a fait dire à des jurisconsultes français et italiens, que la vocation de l'Etat ne paraît guère conforme à l'intention présumée du défunt, parce qu'on ne trouvera personne qui ait dans son cœur la pensée de laisser comme successeur cet être de raison qu'on appelle l'Etat (2). Non certes, on n'a pas

(1) Siméon, *Discours*, n° 27 (Locré, t. V, p. 137). Portalis, *Discours préliminaire*, n° 94 (Locré, t. Ier, p. 182).

(2) Rodière, dans les *Mémoires de l'Académie de législation de Toulouse*, 1856, t. V, p. 143 et suiv. Comparez Curcio et Buniva, cités par Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. Ier, p. 197.

pour les personnes fictives l'affection que l'on ressent pour les parents qui nous sont attachés par le lien du sang. Si l'on adoptait l'idée que j'ai émise dans ces Etudes, de restreindre la parenté légale au sixième degré, et de former un fonds de charité avec les héritages que l'Etat recueillerait, ce ne serait plus un *être de raison* qui succéderait; l'Etat prendrait les biens dans l'intérêt de la classe la plus nombreuse et la plus pauvre: c'est le plus grand des intérêts, parce qu'il se confond avec celui de la civilisation, et cet intérêt est aussi un devoir pour tous ceux qui naissent ou qui meurent riches. La loi apprendrait aux riches quels sont leurs devoirs et comment ils doivent les remplir: si les législateurs et si les citoyens les remplissaient, la face de l'humanité changerait.

256. Les motifs sur lesquels est fondé le droit de succession de l'Etat en déterminent aussi la nature. Il n'y a aucun doute, en droit français, quant aux immeubles que l'Etat recueille; quand même on s'attacherait aux termes de l'article 768, l'Etat succède à titre de successeur irrégulier, donc il exerce un droit héréditaire, et toute succession forme un statut réel. Il suit de là que les biens immeubles délaissés par un étranger en France appartiennent à l'Etat en cas de déshérence; mais il n'aurait aucun droit sur les biens de l'étranger situés dans un autre pays. Cela est certain dans le système de la réalité du statut, car, en vertu du statut réel, ces biens seront recueillis par l'Etat dans le territoire duquel ils sont situés. Pour qu'il y ait difficulté, il faut supposer que le droit de succession forme un statut personnel. Il en est ainsi d'après le droit allemand et d'après le code d'Italie. En faut-il conclure que la France serait admise à réclamer les biens qu'un Français décédé en France posséderait en Allemagne ou en Italie? La négative est certaine. D'abord le prétendu droit de succession de l'Etat n'est pas un vrai droit d'hérédité, l'article 768 ne dit pas que l'Etat *succède*, il dit que la succession est *acquise* à l'Etat. A quel titre? Les orateurs du Tribunat et du gouvernement viennent de nous le dire, c'est par application du principe que les biens sans maître appartiennent à l'Etat (C. Nap., art. 539 et 713). Vaine-

ment dirait-on que le code Napoléon place l'Etat parmi les successeurs irréguliers dans les articles 723 et 724 ; l'intitulé même de la section II, où il est traité de l'Etat, prouve que l'Etat ne peut être assimilé aux héritiers ou successeurs universels appelés à succéder à titre d'hérédité. La loi y parle des *droits* du conjoint survivant et de l'Etat; elle ne qualifie pas ces *droits*, ni, par conséquent, la nature du statut; le caractère et la nature du droit sont déterminés par les articles 539 et 713; c'est en vertu de sa *souveraineté* que l'Etat prend les biens. Donc on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 3 : les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Il est inutile d'insister, parce que cela n'a jamais été contesté. Toutefois j'ajouterai que l'Etat succédant comme personne civile, on doit lui appliquer le principe qui régit les personnes fictives : tous leurs droits dépendent du statut réel, comme je l'ai dit dans l'Etude consacrée à cette difficile matière. Ce principe suffirait pour décider la question que je discute pour le moment : le droit de succession qui appartient à l'Etat, de même que tous les droits qu'il exerce, procède du statut réel.

257. Les principes que je viens de rappeler décident une question analogue, celle de savoir si l'article 768 s'applique aux successions mobilières qu'un étranger délaisse en France. Le texte dit : *la succession est acquise à l'Etat* en cas de déshérence ; il la recueille donc à titre universel; en ce sens on peut dire que l'Etat est un successeur universel. Ce principe reçoit-il son application aux biens mobiliers qu'un étranger délaisse en France? Oui, puisque la succession de l'Etat forme un statut réel, comme je viens de le dire. Cela a cependant été contesté, mais la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la réalité, et la décision est fondée sur les vrais principes. Je vais rapporter les arrêts.

Un Américain décède à Paris sans laisser un successible connu; le consul des Etats-Unis demande et obtient l'envoi en possession des biens. Opposition du préfet de la Seine, fondée sur le droit de succession de l'Etat, il invoque les articles 713 et 723 du code Napoléon. Le

consul objecte que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux biens délaissés par des Français. Le tribunal de la Seine et, sur appel, la cour de Paris, se prononcèrent en faveur de l'Etat (1). La cour vise d'abord l'article 713, aux termes duquel les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat : ce droit de propriété a pour fondement la souveraineté, qui s'étend sur toutes les choses mobilières et immobilières situées sur son territoire. Il en résulte que l'article 713 forme un statut réel, car le droit de propriété sur les biens vacants est un droit d'ordre public, comme l'ont expliqué les orateurs du Tribunat et du gouvernement (n° 255). La cour ne le dit pas, elle aurait dû le dire, car si le droit de l'Etat formait un statut personnel, les biens qu'un étranger délaisse à sa mort ne seraient jamais vacants, ils auraient un maître ; l'Etat auquel l'étranger appartient pourrait les réclamer comme successeur irrégulier : c'est donc parce que le droit de déshérence est un statut réel que l'Etat étranger ne peut pas réclamer les biens à titre de successeur ; partant, les biens sont vacants, ce qui rend applicable l'article 713 (2).

La cour vise ensuite l'article 723 qui attribue à l'Etat les successions des personnes mortes sans laisser de parents au degré successible, ni enfant naturel, ni conjoint survivant. Cette disposition, dit la cour, n'est que la conséquence de l'article 713 et a également pour base la souveraineté de l'Etat sur toutes les choses mobilières ou immobilières qui se trouvent sur son territoire quand elles n'ont pas de maître. Cela est vrai, mais la cour aurait dû insister sur le caractère de ce droit de souveraineté, et sur la conséquence qui en résulte quant à la nature du statut. En effet, si le droit de déshérence formait un statut personnel, l'Etat étranger aurait pu soutenir qu'il a le droit de l'exercer; alors aurait surgi une nouvelle difficulté : les personnes civiles ont-elles un statut personnel, et peuvent-elles l'invoquer pour les droits qui leur sont accordés? L'article 723, à lui seul, ne tranche pas ces difficultés; la solution dépend des principes du droit civil

(1) Paris, 15 novembre 1833 (Sirey, 1833, 2, 593).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, n° 159, p. 186.

international, et la cour se place exclusivement sur le terrain du droit français. De ce que les successions des personnes décédées sans laisser ni parents au degré successible, ni conjoint survivant sont acquises à l'Etat, la cour conclut que *nul* ne peut, à l'exclusion de l'Etat, obtenir l'envoi en possession d'une succession, s'il ne prouve pas qu'il est parent, enfant naturel ou conjoint survivant. La cour oublie que l'Etat figure aussi parmi les successeurs irréguliers à côté du conjoint; si le conjoint étranger exclut l'Etat français, pourquoi l'Etat étranger ne l'exclut-il pas? Là est la vraie difficulté, et ce n'est pas la résoudre que de citer les articles 723 et 768, ces dispositions ne concernant pas le droit civil international. En effet, supposons que le statut des successions soit personnel, et que l'Etat étranger puisse invoquer le statut personnel, il dirait : Je succède en France au même titre que le conjoint, donc j'exclus l'Etat français, comme le conjoint l'exclut. A cette objection on ne peut pas répondre par les articles 768 et 723, car il s'agit précisément de savoir si l'Etat étranger ne peut pas se prévaloir de ces dispositions pour en induire qu'il est successeur universel au même titre que le conjoint étranger. D'après les principes du droit civil international, il y a une réponse à faire et elle est péremptoire. L'Etat français dira à l'Etat étranger : En vertu du code Napoléon, le statut des successions est réel, donc vous ne pouvez pas invoquer votre statut personnel : vous le pouvez d'autant moins que vous n'avez point, à titre de personne civile, un statut personnel. Et en supposant même que le statut de succession soit personnel, et qu'il vous soit permis de l'invoquer, je vous oppose un principe admis par toutes les nations, c'est que le statut personnel cède devant le statut territorial quand celui-ci procède du droit public; or, telle est la loi en vertu de laquelle les biens qu'une personne délaisse en France m'appartiennent; ces biens m'appartiennent à titre de souveraineté; en ce sens, le statut est réel et domine le statut personnel.

La cour s'engage ensuite dans un débat sur la loi du 14 juillet 1819; elle dit très bien que cette loi n'a aucun

rapport avec la difficulté qu'il s'agissait de décider. En effet, la loi déclare l'étranger habile à succéder en France, en abolissant le droit d'aubaine; reste à savoir si l'Etat étranger est habile à succéder en France à titre de déshérence; la loi de 1819 ne décide pas cette question; la solution dépend d'un autre ordre de principes; il s'agit de savoir si l'Etat étranger est une personne jouissant des droits civils en France, et notamment du droit de succession irrégulière que les articles 723 et 768 accordent à l'Etat français. Il faut donc écarter la loi de 1819, elle n'est pas en cause.

258. La cour dit enfin que la prétention du consul américain est inadmissible, parce qu'elle est contraire au principe de souveraineté qui s'étend sur toutes choses meubles ou immeubles situées dans sa juridiction, aussi bien sur celles appartenant à des étrangers, qu'à celles qui appartiennent à des nationaux. Ici est le vrai terrain du débat; débat international, dont le siége est l'article 3 du code civil. Chose singulière, la cour ne le cite même pas. Cela tient à l'ignorance qui régnait à cette époque (en 1833) sur les principes d'une science qui n'avait pas encore de nom. L'article 3 du code civil soulève une nouvelle difficulté: s'applique-t-il aux meubles, et notamment aux successions mobilières? J'ai dit, ici même, que l'on admet généralement que les meubles suivent la personne, et sont régis par la loi personnelle de celui à qui ils appartiennent. De là suit, et cela est aussi de doctrine et de jurisprudence, que les successions mobilières dépendent du statut personnel du défunt. L'Etat peut-il se prévaloir du statut personnel qui lui attribue la succession mobilière d'un de ses nationaux mort en pays étranger? La difficulté s'est présentée devant le tribunal de Bordeaux, qui l'a décidée contre l'Etat étranger.

Décès dans un hospice d'un Italien, sujet toscan. On trouve sur lui une ceinture renfermant 1,900 francs. Cette somme fut réclamée, contre le curateur à la succession vacante, par le consul de Toscane, au nom de son souverain. A l'appui de sa demande, le consul dit que la succession était purement mobilière, et il invoqua

la doctrine traditionnelle d'après laquelle les valeurs mobilières sont régies par le statut personnel de celui à qui elles appartiennent. Le tribunal rejeta ces prétentions. D'abord il se prévaut de la définition que Boullenois donne du statut réel : d'après cette définition, les lois qui ont pour objet la transmission des biens, soit meubles, soit immeubles, notamment par succession, sont des statuts réels. Sur ce point, le tribunal se trompe; la distinction entre les meubles et les immeubles était généralement admise dans l'ancien droit, et elle a été reproduite implicitement par le code Napoléon; on en concluait que la succession mobilière dépendait du statut personnel du défunt. Le tribunal le reconnaît, mais il ajoute que si l'on n'appliquait pas le statut réel, c'était par une fiction qui réputait les meubles situés au domicile du défunt, de sorte que la transmission se faisait toujours à raison de la situation des meubles, seulement cette situation était fictive; mais le tribunal ajoute que cette fiction doit être restreinte aux cas pour lesquels elle a été établie. La jurisprudence admet, à la vérité, que les étrangers habiles à succéder peuvent invoquer la fiction pour les successions mobilières auxquelles ils sont appelés; mais il n'en est pas de même de l'Etat étranger. En effet, les articles 723 et 768 du code Napoléon disposent en termes généraux que les biens de celui qui meurt sans laisser de parents ni de conjoint sont acquis à l'Etat français. Ces articles, dit le tribunal, doivent s'appliquer à la succession, même mobilière, d'un étranger décédé en France, sans égard au statut personnel de cet étranger. La raison en est, d'abord, que la fiction qui répute les valeurs mobilières situées au domicile du défunt, ayant été consacrée en faveur des parents de l'étranger, doit cesser lorsque l'intérêt de ces parents ou de la famille n'est plus en jeu. Ce premier motif est très faible. La fiction sur laquelle repose la doctrine traditionnelle est générale, et elle est fondée sur la nature des meubles, lesquels suivent la personne et sont considérés comme l'accessoire de la personne. De là la conséquence que le statut des meubles est celui de la personne, à titre d'accessoire; cela n'a rien

de commun avec l'intérêt de la famille. Le tribunal donne une seconde raison pour écarter le statut personnel. On avait soutenu, au nom du souverain étranger, que l'Etat recueille les successions en déshérence à titre d'héritier, et comme appelé en vertu de la volonté présumée du défunt. Le tribunal répond, et il a raison, que les articles 723 et 768 sont une conséquence du principe général de l'article 713, aux termes duquel tous les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat; le tribunal en conclut que c'est évidemment, non à titre d'héritier, mais à titre de propriété et de souveraineté, que les successions vacantes sont acquises à l'Etat, et que par suite aucune distinction ne peut être faite du chef de la nationalité du défunt. L'article 539 est conçu dans le même sens, et ne laisse aucun doute sur la nature du droit de l'Etat, puisqu'il lui attribue au même titre les biens des personnes qui meurent sans héritiers et les biens vacants et sans maître (1).

Le tribunal de Bordeaux, pas plus que celui de la Seine, ne cite l'article 3 du code civil. A mon avis, c'est cet article qui est le terrain du débat; il s'agit, non d'une question de droit civil français, mais d'une question de droit civil international. L'article 723 met sur la même ligne le conjoint survivant et l'Etat, et l'article 768 vient à la suite de l'article qui appelle à la succession le conjoint du défunt; les deux dispositions se trouvent sous la rubrique *Des droits du conjoint survivant et de l'Etat*. L'un et l'autre sont successeurs universels, en vertu de la loi française, laquelle suppose qu'il s'agit d'un conjoint français et de l'Etat français. Que faut-il décider si le conjoint et l'Etat sont étrangers? Cette question dépend de la nature du statut, elle est par conséquent décidée par l'article 3, que la jurisprudence ne vise même pas. Que dit cet article? Les immeubles possédés en France par un étranger sont régis par la loi française : cela veut dire que le statut des immeubles, et partant des successions immobilières, est réel. Il ne dit rien des meubles et

(1) Jugement du tribunal de Bordeaux du 12 février 1852 (Dalloz, 1854, 2, 154).

des successions mobilières; la doctrine et la jurisprudence en ont conclu que le statut mobilier est personnel. De là suit que le conjoint étranger ne pourra succéder aux valeurs mobilières qui se trouvent en France que si, d'après sa loi personnelle, il est héritier ou successeur. Faut-il appliquer le même principe à l'Etat? Telle est la vraie difficulté. Je réponds que non; et ma raison de décider est péremptoire, c'est que l'Etat est personne civile, et que les personnes civiles n'ont ni état ni capacité, donc pas de statut personnel. Aucune personne civile ne succède, d'ailleurs; l'Etat seul a qualité pour succéder, cela prouve que son titre n'est pas celui d'héritier. Sur ce point, la jurisprudence a raison; mais elle a tort d'invoquer les articles 723 et 766, qui n'ont rien de commun avec le droit international privé. Il faut dire que le statut personnel ne pouvant pas être invoqué par l'Etat étranger, le statut de succession mobilière devient nécessairement réel. Question de *gouvernement*, dit Portalis, ou de *souveraineté*, comme dit Siméon. Cela est décisif; il n'appartient pas à un Etat étranger de faire en France un acte de gouvernement ou de souveraineté; ce serait empiéter sur la souveraineté française. C'est le cas de dire avec Portalis : La souveraineté est entière, ou elle n'existe point.

259. La question que je viens de discuter a fait l'objet d'une instruction récente (1) de la Direction de l'enregistrement et des domaines en France. Elle constate la jurisprudence sans entrer dans le débat des principes; mais elle constate aussi la pratique administrative; à ce titre je crois devoir la citer. La régie rappelle d'abord le principe que le droit de déshérence de l'Etat s'applique indistinctement aux biens laissés en France par des étrangers et aux biens dépendant de successions de sujets français. « Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les meubles et les immeubles. C'est, en effet, en vertu de son *droit de souveraineté* que l'Etat acquiert les *biens sans maître* qui se trouvent sur son territoire; or le droit de souveraineté n'existe pas

(1) Instruction du 10 octobre 1878 (*Journal du droit international privé*, de Clunet, 1879, p. 321).

seulement à l'égard des *immeubles* situés sur le territoire français; il atteint au même degré les *objets mobiliers* que l'étranger possédait en France, le *numéraire* qu'il y a laissé, les *créances* qui y sont payables, et toutes autres *valeurs incorporelles* dont la réalisation ne peut être poursuivie qu'en France et sous la protection des lois françaises. La nation à laquelle appartenait l'auteur de la succession en déshérence ne saurait, en aucun cas, être admise à faire acte de souveraineté au delà des limites de son territoire; elle ne peut, dès lors, revendiquer en France les biens abandonnés qui proviennent de ses nationaux. »

« La plupart des conventions diplomatiques qui régissent les rapports de la France avec les nations étrangères autorisent, il est vrai, les représentants de ces nations, et notamment les consuls, à intervenir, lorsqu'un de leurs sujets décède en France, dans l'intérêt de la famille du défunt. Mais ces conventions supposent toujours que l'étranger décédé en France a laissé dans le pays auquel il appartenait des héritiers ou légataires dont elles entendent sauvegarder les droits; elles demeurent sans application lorsque, l'étranger n'ayant laissé aucun héritier ou légataire, sa succession se trouve abandonnée et soumise, à ce titre, au droit de déshérence de l'Etat français, comme conséquence nécessaire du droit inaliénable de souveraineté qui lui appartient. » La circulaire cite ici les décisions de la cour de Paris et du tribunal de Bordeaux que j'ai rapportées (n°s 257 et 258).

« Plusieurs décisions ont été prises dans ce sens par le ministre des finances. L'une d'elles, en date du 13 mai 1867, porte notamment que la caisse des dépôts et consignations ne doit se dessaisir des sommes déposées pour le compte des successions d'étrangers décédés en France, au profit des consuls étrangers qui les réclament en qualité de représentants de la nation à laquelle les personnes décédées appartenaient, que moyennant justification en forme de la nationalité de ces personnes et de l'existence d'héritiers », il faut ajouter ou légataires et successeurs irréguliers, ayant la même nationalité.

« Le domaine français est donc seul fondé à revendiquer les biens laissés en France par l'étranger (décédé en France ou à l'étranger) dont la succession est en déshérence. » J'ajouterai que les décisions judiciaires rendues dans l'espèce supposent que l'étranger est mort en France, mais cette circonstance est indifférente : le droit de l'Etat se fonde sur le fait qu'il n'y a pas de successeurs *ab intestat* ni testamentaires appelés à recueillir les biens délaissés en France par un étranger ; peu importe où il est mort.

« Lorsque ces biens consistent en créances ou autres valeurs incorporelles, il convient de réclamer au gouvernement étranger, par la voie diplomatique, les titres justificatifs des droits de propriété du défunt. »

« Réciproquement, et par application des mêmes principes, le domaine français s'abstient de toute revendication de valeurs laissées, à l'étranger, par des Français dont il a appréhendé la succession à cause de déshérence. Les titres établissant les droits des défunts à la propriété de ces valeurs sont remis aux représentants des gouvernements étrangers par l'intermédiaire de l'administration centrale, après fixation contradictoire de la proportion dans laquelle le passif de la succession sera supporté par chacun des deux gouvernements intéressés ».

§ III. — *Des successions spéciales.*

260. Le code Napoléon admet des successions spéciales, connues sous le nom de *retour successoral*. Je transcris les textes :

Article 747 : « Les ascendants *succèdent*, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants, décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. »

Article 351 : « Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté, *retourneront* à l'adoptant ou à ses descendants. »

Article 766 : « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus *passent* aux frères et sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession. »

On donne ordinairement le nom de *retour légal* au droit que ces articles accordent à l'adoptant, à l'ascendant et aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. La loi se sert de ce terme dans l'article 351 ; l'article 747 emploie le mot *succède*, et dans l'article 766, le législateur dit que les biens *passent* aux frères et sœurs légitimes, ou qu'ils leur *retournent*. Les biens *retournent*, en effet, à celui qui les avait donnés, et il importe de le remarquer, pour déterminer la caractère de ce droit de succession spéciale : voilà pourquoi, dans l'ancien droit, on l'appelait réversion. Toujours est-il que c'est un droit de succession ; l'article 747 le dit, et c'est le droit de l'ascendant donateur qui a servi de type à celui de l'adoptant et des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (1).

261. Domat nous dira quel est le fondement de ce retour légal, qui s'exerce à titre de droit de succession. L'un des motifs, dit-il, est de donner, aux ascendants ce soulagement de ne pas souffrir en même temps la double perte et de leurs enfants et des biens dont ils s'étaient dépouillés pour eux. Un autre motif, qui est une suite du premier, est de ne pas détourner les ascendants de faire des libéralités à leurs descendants comme il pourrait arriver, s'ils avaient à craindre que les biens ne passent dans une autre famille (2). Enfin il y a aussi une pensée de retour dans le droit qui porte ce nom. Ce n'est pas que l'ascendant songe, au moment où il donne, qu'il aura le malheur de survivre à ses descendants, mais la loi y songe pour lui. Il est certain que s'il prévoyait ce triste événement, sa volonté serait que les biens lui reviennent plutôt que de passer à des étrangers. La remarque est de M. Demolombe (3), et elle a de l'importance. En ce sens, il y a

(1) Il n'y a aucun doute sur ce point. Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 197, n° 163.
(2) Domat, *Lois civiles*, p 395.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XIII, p. 577, n° 473.

une clause tacite de retour dans la donation que l'ascendant fait à son descendant.

Le droit de l'adoptant est fondé sur les mêmes motifs. Gary, l'orateur du Tribunat, les a très bien exposés. « Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, et que l'adoptant lui survive, les choses données par l'adoptant lui retourneront. Cela est juste, et utile. Cela est juste, car si l'affection de l'adoptant pour l'adopté a pu le porter à se dessaisir en sa faveur, il n'est pas présumable qu'il ait voulu se dépouiller pour enrichir une famille étrangère. Cela est encore utile, parce que c'est encourager les libéralités qui, fondées sur des motifs honorables et répandues avec choix, sont presque toujours des causes de prospérité publique (1). »

Quant au droit des frères et sœurs légitimes, les orateurs du gouvernement et du Tribunat n'en parlent pas ; leur droit étant le même que celui de l'ascendant et de l'adoptant, il faut croire qu'il a le même fondement. Celui qui donne à son enfant naturel n'entend pas que les biens passent à des étrangers ; il sera d'autant plus porté à lui faire une libéralité, s'il sait que les biens reviendront à sa descendance légitime, en cas de prédécès du donataire sans postérité.

262. Quelle est la nature de ce droit spécial de succession? Si l'on s'en tient à la doctrine traditionnelle, il faut dire, avec la cour de cassation, que c'est un statut réel. En effet, il s'agit d'un droit de succession *ab intestat* ; la loi le dit expressément dans l'article 747, et le droit de l'adoptant ainsi que celui des frères et sœurs sont de même nature. Or, tout droit de succession procède du statut de la situation des biens immeubles ; quant aux meubles, ils dépendent du statut personnel. C'est l'opinion de M. Demolombe (2), et au point de vue du code Napoléon, cela ne me paraît pas douteux. Il est vrai que les conséquences qui en résultent sont étranges. M. Demolombe dit très bien que si l'ascendant avait prévu qu'il survivrait

(1) Gary, *Discours sur le titre de l'Adoption*, n° 18 (Locré, t. III, p. 287).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 90, n° 82.

à ses descendants, il aurait stipulé le retour; comme il ne peut pas prévoir ce malheur, la loi le prévoit pour lui; le retour est donc fondé sur la volonté du donateur. Or, est-il raisonnable de supposer que l'ascendant donateur ne veuille reprendre que les biens situés en France, qu'il ne veuille pas reprendre ceux qui sont situés dans les Pays-Bas et en Italie où le droit de retour n'existe point? Peut-on dire, avec quelque apparence de fondement que l'ascendant, s'il avait prévu sa survie aurait voulu faire passer à des étrangers les valeurs mobilières qu'il possède en pays étranger, en ne se réservant que le réversion des immeubles français? Ces questions n'ont point de sens. Mais dans le système traditionnel, ce non-sens se présente à chaque pas. La succession régulière est aussi fondée sur l'intention du défunt, puisqu'elle est son testament présumé : et peut-on dire qu'il a telle volonté pour les biens situés en Italie ou dans les Pays-Bas, et une volonté contraire pour les biens situés ailleurs ? Tout est absurde dans la réalité du statut de succession, et dans l'espèce, l'absurdité est palpable. Je ne me lasse pas de le dire, pour que le législateur y mette une fin.

Duranton et Bertauld se sont prononcés pour la personnalité du statut de retour (1). En théorie ils ont certainement raison; en effet, quoiqu'il s'agisse d'un droit de succession, et en admettant même que ce droit forme un statut réel, il faut dire qu'il y a exception pour le retour successoral. Il est fondé sur la volonté tacite du donateur, c'est plus qu'un testament présumé du défunt, il y a un contrat, c'est comme donateur que l'ascendant succède, et il reprend les biens donnés en vertu d'une clause tacite du contrat. Qu'importe, dans cet ordre d'idées, où les biens sont situés, et qu'importe que ces biens soient meubles ou immeubles? Ces distinctions n'ont pas de sens. C'est à peine si, dans l'espèce, on peut invoquer la théorie des statuts. La théorie suppose qu'il y a conflit de lois, c'est-à-dire que les droits, objet du litige, procèdent de la loi; or, dans l'es-

(1) Duranton, t. Ier, n° 86. Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 92, n° 128.

pèce, le droit procède de la volonté du donateur; il y a un élément conventionnel dans le droit de retour, donc il faut appliquer le principe qui régit toute manifestation de volonté expresse ou tacite; la volonté ne connaît pas les limites des territoires, et elle ignore la distinction des meubles et des immeubles, parce qu'il serait absurde de supposer que le donateur l'ait faite. La volonté étant universelle et indivisible, le droit de retour doit recevoir son application, quelle que soit la situation des biens, et quelle que soit leur nature.

263. Je viens de dire que le code italien n'a pas maintenu le droit de retour légal. De là un conflit entre le droit français et le droit italien, qui donne lieu, non à difficulté, mais à une nouvelle conséquence absurde. Un Italien donne à son descendant des biens situés en partie en Italie, en partie en France; il exclura pour ces biens tous les parents italiens, quoique le code d'Italie ne lui donne pas le droit de les reprendre à la mort de l'enfant donataire, prédécédé sans postérité; mais le statut étant réel, c'est la loi française qui recevra son application quant aux biens situés en France; ce peuvent être des biens dépendant d'un seul et même domaine : néanmoins le père donateur ne succédera pas à la portion du domaine qui est située en Italie, tandis qu'il succédera aux terres situées du France. Or le droit de retour est fondé sur la volonté du donateur; il faut donc dire que sa volonté est contradictoire; il aura la volonté de réversion en France, il ne l'aura pas en Italie, parce que le hasard de la délimitation veut qu'une partie des biens donnés se trouve en France. Diviser et scinder la volonté, et lui faire dire, dans un seul et même contrat, le pour et le contre, voilà l'effet de la réalité du statut de retour : on peut à bon droit la taxer d'absurdité.

ARTICLE Ier. — DONATIONS ET TESTAMENTS.

§ Ier. — *Des dispositions à titre gratuit.*

N° 1. LA TRADITION ET LE CODE CIVIL.

264. Les Romains disaient que le testament est de droit public (1). Est-ce aussi là le principe de notre droit moderne? Troplong l'a cru, et il y a vu un élément de liberté. Je crois que cela n'est pas exact. Sans doute, on peut appeler liberté la puissance absolue que le père exerçait dans sa famille; c'est la liberté à la façon de l'Eglise romaine; pour qu'elle soit libre, elle doit être maîtresse absolue. La Rome catholique n'a jamais rien compris à la liberté, pas plus que la Rome païenne. Domat va nous dire quelle est la vraie origine de notre droit civil, et quel en est le vrai caractère. Il dit qu'il n'a point inséré la maxime romaine dans le titre qu'il consacre aux testaments, parce que, dans les pays de coutumes, il est de droit universel que l'on ne peut pas faire de testament, c'est-à-dire instituer un héritier. La loi des XII Tables disait : « Ce que le père de famille aura ordonné de ses biens fera droit. » Dans nos plus anciennes coutumes, on lit : « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut (2). » L'ordre des successions ne dépend donc pas de la volonté arbitraire de l'homme; ce n'est pas lui qui fait le droit, c'est Dieu. De là les coutumes concluaient qu'il n'appartient pas à l'homme de disposer de ses biens comme il l'entend. C'était une des règles fondamentales de notre ancien droit que le testateur ne pouvait disposer que de ses meubles et de ses acquêts, c'est-à-dire de la plus faible partie de son patrimoine; il ne pouvait disposer de ses propres. Les propres constituaient la fortune héréditaire à laquelle Dieu appelle ceux qu'il fait naître dans

(1) « *Testamenti factio non privati, sed publici juris est* » (L. 3, D., *Qui testamentum facere possunt.*)

(2) Glanville, *De legibus Angliæ*, VII, 1. Comparez De Laurière, sur Loisel, II, 4, 5.

une famille ; les coutumes limitaient toutes, plus ou moins, la faculté de disposer des propres, soit par donation, soit par testament ; la plupart ne permettaient de disposer que du quint, les quatre cinquièmes étaient réservés aux membres de la famille d'où les biens étaient provenus. Il y avait des coutumes qui déclaraient les propres indisponibles pour le tout ; c'étaient celles qui reproduisaient le plus fidèlement l'ancien droit germanique (1).

Les coutumes ne pouvaient pas empêcher le propriétaire de donner entre-vifs en se dépouillant lui-même ; mais elles entravèrent et enchaînèrent sa liberté en multipliant, sans autre raison, les formalités et les conditions requises pour la validité des donations. L'esprit de notre droit français, dit Pothier, est de conserver les biens dans les familles ; or les donations faisaient sortir les biens des familles ; de là la défaveur qui les frappait. On les considérait comme de droit étroit, parce qu'elles étaient préjudiciables aux familles (2), et par cette raison on cherchait à les arrêter indirectement. On fit de la donation un contrat solennel, hérissé de formes qui n'avaient d'autre raison d'être que le désir d'empêcher les libéralités. Telle est la portée de cette vieille maxime de notre droit : « Donner et retenir ne vaut ». Tel est le sens de ces conditions étranges, dont on chercherait vainement le motif juridique, comme l'acceptation expresse ; elles n'en ont pas d'autre que celui d'entraver les donations.

265. Dans cet ordre d'idées, on comprend que le statut des libéralités fût réel, aussi bien que celui des successions *ab intestat ;* car les restrictions que l'on apportait aux dispositions à titre gratuit n'avaient d'autre objet que d'assurer l'ordre des successions, et cet ordre était organisé de façon que les biens héréditaires fussent le patrimoine de la famille, aussi longtemps qu'il restait un de ses membres. Cela est d'évidence pour la réserve coutu-

(1) Voyez les détails dans Troplong, *Des Donations et testaments*, préface, p. 52, note 5. Comparez Domat, *Des Lois civiles*, 2e partie, livre III, préface, p. 408.

(2) Ce sont les expressions de De Laurière, sur Loisel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. IV.

mière. Merlin le dit, et c'était l'opinion universelle : « La coutume de Paris ne permet de disposer par testament que du quint de ses propres ; elle affecte les quatre autres quints aux héritiers de la ligne du premier acquéreur ; c'est une espèce de *substitution* qu'elle établit dans les familles. Sans doute cette disposition ne peut tomber que sur les immeubles qui sont situés dans le ressort de la coutume de Paris. Il est impossible qu'elle s'étende sur les biens qui sont situés, par exemple, dans les pays de droit écrit ; mais la disposition de la coutume de Paris, quoique bornée aux immeubles de son territoire, n'en a pas moins effet contre les personnes qui sont domiciliées hors de son territoire. En quelque lieu que demeure le possesseur d'un propre situé dans la coutume de Paris, il ne pourra disposer que du quint par testament, quoique la loi *de son domicile* lui permette de léguer l'universalité de ses immeubles : la *liberté* qu'il a de *tester* est *gênée* par la *situation de ses immeubles*, et ainsi le statut *réel*, par une *suite de sa réalité*, commande à la personne même qui est hors de son territoire (1). »

La loi du *domicile* est celle que nous appelons aujourd'hui loi *nationale*. C'est bien à la loi nationale de régler la famille et ses droits. Si le législateur trouve que la famille n'a aucun droit aux immeubles qui proviennent d'elle, s'il maintient à l'égard des propres le droit de disposer à titre gratuit, ce statut ne devrait-il pas s'appliquer à tous les biens, quelle que soit leur situation ? Qu'est-ce que cette situation a de commun avec la famille et avec la liberté ? Les anciens auteurs, y compris Merlin élevé dans le droit traditionnel, ne sont point choqués de ces entraves que la loi du sol apporte à la liberté de tester ; on se croirait encore au moyen âge, sous le régime féodal, alors que la terre dominait les personnes. Et dans la doctrine traditionnelle des statuts, c'est, à vrai dire, le sol qui impose sa loi au propriétaire, fût-il étranger. Faut-il demander si la souveraineté territoriale, ainsi

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sect. X, n° II (t. II, p. 240, de l'édition de Bruxelles).

entendue, est en harmonie avec l'idée que nous avons aujourd'hui de la puissance souveraine?

266. Il y a un principe très juste dans la doctrine coutumière : Les successions dépendent de la vocation de Dieu, confirmée par la loi. La loi ainsi entendue est certainement, comme le disaient nos coutumiers, plus sage que l'homme. Même, abstraction faite de l'idée d'une vocation divine, qui est cependant si vraie, il faut dire que la volonté du législateur est toujours plus éclairée que celle de l'homme. Il agit sans passion, dans l'intérêt de tous, et au nom de la volonté générale et éclairée, tandis que le testateur est troublé par mille passions, et trop souvent son intelligence est affaiblie par l'âge ou les approches de la mort. Que dire de la conscience, qui est aveuglée par des préjugés ou dominée par des influences illégitimes ! Cependant on ne saurait enlever à l'homme le droit de tester, à moins de le dépouiller de son droit de propriété, et la propriété est la base de notre ordre politique et de la famille. Tout ce que le législateur peut faire, c'est de ne pas donner le droit de tester à ceux qui n'ont pas l'intelligence nécessaire, et de veiller à ce que leur conscience ne soit pas aveuglée et viciée par la captation. Puis, comme je l'ai déjà dit, la loi doit apprendre aux testateurs quel est le meilleur emploi qu'ils peuvent faire de leur fortune, en prêchant d'exemple, et en moralisant les jeunes générations par une éducation mieux organisée que ne l'est la routine qui règne encore en plein dans notre enseignement, depuis l'école primaire jusqu'à l'université.

On a cependant réclamé, de nos jours, une liberté absolue pour le testateur, même au mépris des devoirs que le sang lui impose à l'égard des descendants ou des ascendants. Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces étranges théories. Je serais bien étonné si l'Eglise n'avait inspiré ces innovations, bien plus que l'économie politique que l'on invoque, pour reconstituer la grande propriété ! C'est l'Eglise qui apprit aux populations d'origine germanique l'usage des testaments, et elle le leur apprit dans son intérêt, imposant sa volonté aux mourants, pour

leur arracher des libéralités, et en refusant la sépulture aux cadavres, jusqu'à ce que la famille pliât sous ses exigences. J'ai raconté cette histoire dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (1). Que l'histoire nous serve d'enseignement! La captation au profit de l'Eglise et de ses établissements, et avant tout des moines, se pratique encore sous nos yeux : on reconstitue une mainmorte frauduleuse, mille fois plus dangereuse que l'ancienne mainmorte soumise à la surveillance de l'Etat. Aussi longtemps que la captation et la fraude ne seront pas réprimées, et surtout aussi longtemps que l'on confiera l'éducation de l'enfance et de la jeunesse à des maîtres intéressés à aveugler la conscience de leurs élèves, pour en faire des instruments de l'ambition et de la cupidité de l'Eglise, ce serait une folie de proclamer la liberté du testateur; il en est de cette liberté comme de celle des pères de famille, derrière lesquels se trouvent les gens d'église; ôtez le masque, et vous trouverez l'exploitation de la bêtise humaine. Il n'y a pas de plante rare qui soit cultivée avec autant de soin que l'est cette plante empoisonnée : que le législateur se garde d'y prêter la main!

267. Quel est l'esprit qui domine dans notre code civil? Est-ce celui des coutumes, ou est-ce l'esprit du droit romain? Le code est une œuvre de transaction, dans la succession testamentaire, comme dans la succession *ab intestat*; c'est dire qu'il n'y a pas de principe logique. Toutefois, il est certain que le législateur s'est inspiré du droit coutumier. Il a permis, à la vérité, à l'homme de faire un héritier; mais cela n'est pas vrai d'une manière absolue. Quand il y a des réservataires, enfants ou ascendants, et tel est bien le cas le plus fréquent, le législateur maintient le principe coutumier. Dieu seul fait les héritiers. Vainement le testateur institue-t-il un légataire universel, l'héritier de Dieu l'emporte sur l'héritier de l'homme, c'est lui qui est saisi, c'est lui qui représente le défunt; le légataire doit lui demander la délivrance de son legs, comme un simple successeur aux biens. L'homme

(1) Voyez le t. XI de mes *Principes*, p. 112, n° 94.

ne peut donc faire d'héritier que lorsqu'il n'y a ni ascendants ni descendants. Sauf cette dérogation aux coutumes, qui est presque nominale, notre législation est imbue tout entière de l'esprit coutumier. Mirabeau, le grand révolutionnaire, demanda, dans le discours qu'il écrivit mourant, l'abolition de la faculté de tester. La Révolution n'abolit pas les testaments, mais elle les restreignit; un décret de la Convention Nationale abolit la faculté de disposer de ses biens en ligne directe ; elle voulait que tous les descendants eussent un droit égal sur tous les biens de leurs ascendants. La loi du 17 nivôse an II alla plus loin ; afin d'égaliser les fortunes, elle restreignit le disponible en faveur des étrangers en le fixant à un dixième si le défunt avait des héritiers en ligne directe, à un sixième s'il avait des collatéraux; en aucun cas, les héritiers ne pouvaient être avantagés quand ils venaient à la succession *ab intestat*. C'est l'esprit de nos anciennes coutumes : elles voulaient aussi conserver les biens dans les familles, elles défendaient aussi de disposer des propres, sauf pour une minime quotité, enfin il y en avait qui déclaraient incompatibles la qualité d'héritier et celle de légataire.

Le code civil a maintenu la plupart des restrictions de l'ancien droit. Quand il s'agit de contrats à titre onéreux, il laisse pleine et entière liberté aux citoyens de régler leurs intérêts comme ils l'entendent. S'agit-il de dispositions à titre gratuit, les restrictions prennent la place de la liberté. La donation est un contrat solennel et le testament est un acte solennel, et toutes les formes sont prescrites sous peine de nullité. Pourquoi ce luxe de solennités, alors que dans les contrats à titre onéreux il n'y en a aucune ? Il n'y a d'autre raison de cette différence que l'esprit traditionnel du droit français. Les donations sont vues avec défaveur, parce qu'elles font sortir les biens des familles. On permet à l'homme de tester, mais les testaments ne sont guère plus favorables que les donations. Tout en consacrant le droit de tester, le législateur multiplie les incapacités de donner et de recevoir. Quand le défunt laisse des descendants ou des ascendants,

ce qui est la règle, la loi frappe d'indisponibilité la plus grande partie de ses biens. Il est vrai que le code civil a rejeté la distinction des propres et des acquêts ; il n'y a plus de réserve coutumière en faveur des parents de la famille d'où proviennent les biens, mais la réserve en ligne directe tient lieu de la réserve coutumière, et elle comprend tous les biens, même les acquêts et les meubles. Le vœu du législateur n'est point douteux ; il préfère le système coutumier au système romain. La succession *ab intestat* est la règle, elle vient de Dieu. La succession testamentaire est l'exception ; c'est l'œuvre de l'homme qui déroge à la règle quand il y a des motifs pour lesquels la règle ne peut recevoir son application. J'ai dit que Domat, quoique nourri dans le droit romain, qui est la base de ses *Lois civiles*, déclarait que le droit coutumier est supérieur. C'est aussi l'avis de Tronchet ; je citerai ses paroles, elles sont considérables, car il est un des auteurs du code civil. « Plusieurs publicistes, dit-il, ont donné à la volonté de l'homme la prépondérance sur celle de la loi. Pourquoi l'homme, qui peut disposer pendant sa vie de sa chose comme il lui plaît, n'aurait-il pas le droit de la transmettre, après lui, à qui il lui plaît? Telle est en effet la base fondamentale du droit romain ; c'est la volonté de l'homme qui fait les héritiers ; la loi ne vient qu'à défaut de cette volonté. Le droit français a pris une route tout opposée ; il ne reconnaît d'autres héritiers que ceux de la loi ; la volonté de l'homme ne peut donner le titre d'héritier. » Tronchet prononça ces paroles à l'Assemblée Constituante. A ce moment, on ne pliait pas sous le joug de vieux préjugés ; on remontait aux sources de toutes les institutions humaines, jusqu'aux premières vérités, dont les institutions ne doivent être que les conséquences. Eh bien, sur le terrain du droit éternel, Tronchet n'hésite pas à proclamer que « le droit français est plus conforme aux vrais principes et à la droite raison (1) ».

(1) Buchez et Roux, *Histoire parlementaire de la révolution française*, t. IX, p. 304.

Tel est aussi l'esprit du code civil. Un ordre de succession fondé sur la copropriété de famille est préférable à l'arbitraire, à l'ignorance et à l'aveuglement des testateurs. Le législateur français a conservé la faculté de tester, mais, dans sa pensée, les testaments doivent rester l'exception. J'ajouterai que pour prévenir que les testateurs ne dépouillent leurs familles par une piété et une charité malentendues, le législateur doit éclairer les consciences en répandant à flots l'instruction et l'éducation. J'aime aussi la liberté, et mon vœu le plus ardent est que les jeunes générations soient élevées pour la liberté, mais je veux une liberté qui affranchisse les esprits et non une prétendue liberté qui les asservit.

N° 2. LA NATURE DU STATUT.

268. Quelle est la nature du statut des donations et testaments ? La succession testamentaire ou contractuelle se lie intimement à la succession *ab intestat* ; en droit français celle-ci est la règle et l'autre l'exception. De là suit que la nature du statut doit être la même. On dit d'ordinaire que la succession légitime est le testament du défunt, et en fait il en est ainsi. Si le testateur déroge à la règle, il ne doit jamais oublier que la loi est plus sage que l'homme, et au besoin le législateur le contraint à respecter ses dispositions, en réduisant les libéralités. L'esprit des deux ordres de succession étant le même, la nature du statut doit être identique. Mais notre science est toujours divisée en ce qui concerne la transmission des biens à cause de mort. La tradition la plus ancienne est pour la réalité ; ce n'est qu'à partir du dix-huitième siècle que la personnalité du droit de succession a été admise par la doctrine et la jurisprudence allemandes ; puis est venu le code italien, expression des idées nouvelles qui se sont fait jour dans le domaine du droit international privé. Partout ailleurs la réalité domine encore à la fin du dix-neuvième siècle. Le même conflit existe dans la succession testamentaire et contractuelle. Ceux qui admettent la personnalité du droit de succession admettent à plus forte

raison la personnalité des dispositions à titre gratuit qui modifient l'ordre des successions légitimes. Les partisans de la réalité transportent leur doctrine dans les donations et les testaments. Je fais abstraction, pour le moment, du droit anglais, pour y revenir plus loin.

269. Dans le système de l'école allemande, tout est personnel dans la succession testamentaire, comme dans la succession *ab intestat*. Cela s'explique. Le droit romain est encore aujourd'hui le droit commun de l'Allemagne ; Savigny a intitulé son traité sur le droit romain : Système du droit *romain moderne* ; or, dans le droit romain, la volonté de l'homme domine en matière de testament, le maître dispose de sa chose avec un pouvoir absolu, et la volonté de l'homme ne connaît pas la barrière des territoires. Les plus réalistes parmi les statutaires admettaient que les conventions avaient effet partout, sans tenir compte de la situation des biens ; à vrai dire, ce n'est pas même une question de statut, car les statuts sont des lois qui commandent ou qui prohibent, tandis que là où la volonté de l'homme domine, c'est lui qui fait la loi, il dispose de sa chose librement, n'importe où elle est située ; les statuts sont hors de cause, car l'homme, en disposant comme il l'entend, fait ce que le législateur lui permet de faire. Il n'y a plus de conflit, c'est un seul et même maître qui parle partout, donc il n'y a pas lieu de distinguer les statuts réels et les statuts personnels. Ce qui est vrai des conventions l'est aussi des testaments ; l'autonomie est encore plus absolue dans les dispositions à cause de mort, puisque le testateur seul a la parole ; et alors même que le maître dispose entre-vifs à titre gratuit, c'est lui qui dicte ses volontés, le donataire n'intervient que pour les accepter, de même que le légataire ; tandis que, dans les contrats, les deux parties concourent, et la volonté de l'une doit se concilier avec la volonté de l'autre.

Chose remarquable, Savigny établit le principe de personnalité comme un axiome, sans dire un mot pour le justifier (1). Tout ce qui concerne la validité ou la nullité des

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t VIII, p. 312, § 377.

dispositions testamentaires dépend de la loi du dernier domicile de celui qui dispose. Il en est ainsi notamment de l'exhérédation, de la prétérition et de la légitime. On doit deviner les motifs en se rappelant que c'est un légiste romain qui parle. Nos lois ne connaissent plus l'exhérédation, ni la prétérition, ni la légitime. A Rome, le testateur dispose en maître absolu, il peut exhéréder ses enfants, il peut ne pas les instituer en omettant de les nommer, la loi ne donne aux enfants qu'une légitime, c'est-à-dire une créance contre l'héritier institué; l'institution subsiste. Donc tout procède de la volonté du testateur, partant tout est personnel; l'héritier testamentaire est le représentant de la personne du défunt ; le testateur revit en lui, c'est sa volonté qui domine. Savigny ajoute qu'il faut appliquer le même principe aux legs et aux fidéicommis. Ici, il y a cependant un motif de douter ; ce qui a engagé les légistes romains à adopter le principe de personnalité en matière de succession, c'est que la transmission des biens se fait à titre universel; or l'hérédité, considérée comme universalité, n'a pas de situation, dès lors il est impossible d'appliquer le statut réel. Mais cette raison n'existe pas pour les legs et les fidéicommis; ces dispositions ont pour objet des choses déterminées, qui ont une situation, et auxquelles on pourrait, par conséquent, appliquer le statut réel. Si l'on déclare néanmoins personnel le statut des dispositions à titre particulier, c'est parce qu'elles ne sont qu'une modification d'un système général : la modification, comme toute exception, prend la nature de la règle. C'est un motif juridique. N'eût-il pas été plus simple de s'en tenir à la volonté du testateur qui, dans le droit romain, est absolue, sans qu'il y ait à distinguer entre les dispositions à titre particulier et les dispositions à titre universel ? L'argumentation de Savigny se ressent de l'influence que la tradition exerce sur les légistes, ils parviennent difficilement à s'y soustraire. C'était un axiome dans la doctrine traditionnelle que la transmission des biens dépendait de la loi territoriale ; si les légistes allemands se mirent au-dessus de cette règle, en matière de succession, c'est que l'hérédité

n'avait pas de situation, puisqu'elle consistait en une universalité de droit ; mais cette raison leur faisait défaut pour les legs et les fidéicommis ; logiquement ils auraient dû maintenir la règle de la réalité du statut pour les dispositions à titre particulier ; mais admettre deux lois différentes et contraires pour la transmission d'un seul et même patrimoine, c'eût été créer des embarras inextricables. Il y a un moyen de concilier le droit avec l'utilité pratique ; c'est de s'en tenir à la volonté du testateur qui domine tout, la transmission à titre particulier comme la transmission à titre universel. Si les légistes allemands ne remontent pas à la volonté du testateur, c'est sans doute parce que ce principe ébranlait toute la théorie des statuts, et menaçait de faire crouler la réalité des statuts immobiliers ; or tout en faisant une large brèche à la tradition, en déclarant personnel le statut des successions, ils entendaient maintenir intacte la théorie des statutaires. De là l'espèce de contradiction dans laquelle tombe Savigny ; il n'a d'autre principe pour déclarer personnel le statut de l'hérédité que la succession à titre universel, et il applique néanmoins son principe à la transmission qui se fait à titre particulier.

270. Le code italien consacre le système de Savigny. Je transcris l'article 8 des dispositions générales concernant les lois qui, dans la classification adoptée par le législateur, forment une loi à part : « Les successions légitimes et les successions testamentaires, en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. » Ainsi un seul et même article comprend les successions légitimes, qui procèdent de la loi, et les successions testamentaires, qui procèdent de la volonté du testateur. Le législateur italien a rompu avec la tradition ; il faut donc recourir à un nouveau principe pour expliquer la personnalité d'un statut qui jadis était universellement réputé réel. Ce principe ne peut être que celui de Savigny, à savoir la transmission à titre universel

de l'hérédité. Je viens de dire qu'à mon avis la volonté de l'homme, expresse ou tacite, justifie mieux la théorie nouvelle, en ce qui concerne les dispositions à titre particulier.

Il y a une différence importante entre le code italien et le système de Savigny. Le légiste allemand reste fidèle au droit traditionnel en ce qui concerne le domicile ; tandis que le législateur italien fait dépendre le statut personnel de la nationalité. J'ai traité longuement la question dans le cours de ces Etudes (1).

271. Le droit français procède d'un tout autre principe. D'après l'article 3 du code Napoléon, les immeubles, même ceux possédés par un étranger, sont régis par la loi française. On applique cette disposition aux successions *ab intestat*, et l'on en conclut que le statut de la transmission des biens qui se fait à la mort, en vertu de la loi, forme un statut réel. Il faut en dire autant de la succession testamentaire : l'article 3 ne permet pas de distinguer. Il est vrai qu'en droit français il n'y a point de succession testamentaire, ni d'héritier par la volonté du défunt. Mais ces distinctions, qui ont leur racine dans la tradition française, n'ont aucune influence en matière de statuts. Le seul article du code civil qui traite des statuts parle des immeubles en général ; en l'isolant de la tradition, on a soutenu qu'il ne s'appliquait pas à l'hérédité, puisqu'elle comprend une universalité de biens, de droits et de dettes. Mais l'article 3 ne peut être séparé de la tradition qu'il a entendu consacrer. Or dans l'ancien droit il n'y avait pas de succession testamentaire, il n'y avait que des legs et des fidéicommis, et ces dispositions dépendaient du statut réel, puisqu'elles comprenaient une disposition de biens. Cela ne laisse aucun doute sur la nature du statut des dispositions à titre gratuit. C'est une dépendance du statut réel, sans qu'il y ait à distinguer entre les donations et les testaments, ni entre les dispositions à titre universel et les dispositions à titre particulier ; le texte même du code exclut ces dis-

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 185, n° 4.

tinctions. Tout statut immobilier est réel. Par contre, le statut mobilier est personnel; cela résulte encore implicitement de l'article 3, qui ne fait que renvoyer à la tradition.

Si l'on remonte au principe de la volonté qui, dans mon opinion, domine en matière de succession testamentaire, la distinction entre les meubles et les immeubles paraît étrange. Le testateur n'a certainement qu'une volonté, et conçoit-on que cette seule et unique volonté se divise? qu'elle veuille subordonner le mobilier héréditaire au statut personnel du défunt, et le statut immobilier à la situation des biens? Et comme il peut y avoir des immeubles situés sous des lois diverses, il arrivera que le testateur aura deux ou trois volontés différentes suivant la situation des biens. Cela n'a pas de sens. Il faut donc laisser de côté la volonté du testateur. Quel principe appliquera-t-on? et pourquoi les immeubles du défunt seront-ils régis par la loi de la situation, partant, par deux ou plusieurs lois contraires? On invoque la souveraineté sur laquelle Portalis fonde la disposition de l'article 3. Mais quel rapport y a-t-il entre la puissance souveraine et le testament par lequel le défunt dispose de ses biens? Le législateur de chaque pays où les biens sont situés imposera-t-il sa volonté particulière au testateur? Dans quel but et dans quel intérêt? Et s'il est intéressé à intervenir, pourquoi se borne-t-il à régir des immeubles valant mille francs, cent mille francs, si l'on veut, et il abandonnera à la loi personnelle du testateur des valeurs mobilières qui peuvent s'élever à des millions? N'est-il pas souverain quant aux meubles aussi bien que quant aux immeubles? Il est inutile de continuer ces questions, que j'ai déjà faites bien des fois, et auxquelles il n'y a rien à répondre.

272. De ce que le droit français soumet à la loi territoriale tous les immeubles situés sur son territoire, faut-il conclure que toutes les dispositions du titre des *Donations et Testaments* sont une dépendance du statut réel, dès qu'il s'agit d'immeubles? M. Brocher semble le dire, et il arrive à peu près à cette conséquence, en entrant

dans le détail des matières comprises dans ledit titre (1). Cela n'est-il pas trop absolu? J'écarte d'abord les conditions de capacité requises soit pour donner, soit pour recevoir : la capacité, même dans l'ancien droit, n'était pas déterminée par la situation des biens; je renvoie à ce que j'en ai dit ici même (nos 143 et 144). Viennent ensuite les donations qui sont des contrats : elles n'ont de rapport avec l'hérédité que lorsqu'il s'agit du rapport et du disponible, ou quand la donation est une institution contractuelle; mais en tant qu'elle est un contrat, ne faut-il pas appliquer les principes qui régissent les contrats? Enfin, il y a des dispositions qui peuvent se faire par donation ou par testament; tels sont les partages d'ascendant, les substitutions permises. N'est-ce pas une raison de distinguer? A mon avis, il faut se garder de poser des principes absolus. C'est le tort qu'a eu la doctrine traditionnelle, en posant des règles mécaniques qui, dans leur application, conduisent aux conséquences les plus absurdes : ainsi dans la matière des successions on aboutissait à cette absurdité qu'il y avait, non pas une succession, mais cinq ou six. Et la cour de cassation a consacré une autre absurdité, c'est que la capacité de disposer et de recevoir dépend de la situation des biens, de sorte que la même personne, dans un seul et même acte, en exprimant une seule et même volonté, peut être à la fois capable et incapable. Il n'y a rien d'absolu dans notre science; pour déterminer si un statut est réel ou personnel, il faut avant tout examiner le caractère du droit qui est l'objet du statut, voir si ce droit dépend d'une convention ou d'une disposition à cause de mort, puis s'il s'agit d'un acte d'intérêt privé ou d'intérêt général; or la place qu'une règle occupe dans le code ne décide pas ces difficiles questions. Il faut procéder comme je le fais dans le cours de ces Etudes, pénétrer dans les entrailles du droit, pour en saisir le caractère, puis consulter les droits de la société et les droits des individus, ce qui est la grande difficulté de notre science; ces questions si épineuses ne se décident pas par

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 269, n° 99.

des considérations générales, et en masse : chaque point a ses difficultés, qu'il ne faut pas trancher, comme on fait d'un nœud gordien, mais résoudre. C'est un labeur immense, qui explique l'étendue de ces Etudes; encore dois-je me limiter, sans vouloir épuiser la matière, elle est inépuisable; si l'on voulait prévoir tous les conflits qui naissent ou peuvent naître de la contrariété des lois, on n'en finirait jamais. Il y a donc un choix à faire, en s'attachant aux points les plus essentiels, et en mettant les principes en évidence. C'est ce que j'essaye de faire : mes Etudes ne sont que des essais.

N° 3. LA RÉSERVE ET LE DISPONIBLE.

273. La réserve, en droit français, n'est pas une créance comme était la légitime en droit romain; c'est la quotité de biens dont le défunt n'a pas pu disposer; le réservataire est saisi des biens réservés, comme de toute l'hérédité, alors même que le testateur aurait nommé un légataire universel. La loi ne tient aucun compte de cette institution. Le réservataire prend sa réserve, à titre de successeur *ab intestat*, et si les biens qui sont dans la succession ne suffisent pas ou sont épuisés, il agit contre les donataires ou légataires, pour faire rentrer les biens donnés ou légués dans l'hérédité. De là suit que la réserve dépend de la loi qui régit la succession; c'est dire qu'elle dépend du statut réel. Je renvoie à ce que j'en ai dit plus haut (n°s 138-152). Autre est la question de savoir si la doctrine traditionnelle est fondée en raison; je l'ai contesté; et l'application que les tribunaux font du statut réel me confirme dans mes doutes, pour mieux dire, dans mes convictions, car, aupoint de vue des vrais principes, je n'ai pas de doutes.

Voici une difficulté qui s'est présentée devant le tribunal de la Seine. Le demandeur réclamait le disponible réglé par l'article 913 du code Napoléon, dans la succession de son père marié en secondes noces. Celui-ci avait fait des libéralités à sa seconde femme; le fils soutenait qu'elles dépassaient le quart des biens laissés par le dé-

funt, au mépris de l'article 1098. Pour le prouver, il réunissait fictivement les biens inventoriés à Paris avec les immeubles situés en Amérique, dont il estimait la valeur d'après des éléments plus ou moins certains. Après avoir établi ainsi une masse commune, il en déduisait les sommes qu'il prétendait avoir été données à la deuxième femme au delà de la portion disponible; de là il faisait ressortir un excédant dont il demandait le payement à titre de créance. Le tribunal rejeta la demande, d'abord parce que cette manière de procéder violait le statut réel qui gouverne les biens, ensuite parce que l'évaluation des immeubles était arbitraire (1). Sur ce dernier point il n'y a rien à dire, et le tribunal n'en devait pas même faire mention, une fois qu'il jugeait la demande non recevable. Quant au statut réel, il est certain qu'il régit la réserve; seulement, dans l'espèce, il s'agissait d'un disponible spécial, dont je vais parler, de la quotité disponible entre époux, dont le montant est réglé par des motifs qui n'ont rien de commun avec la situation des biens. Même, abstraction faite de cette considération, le disponible se calcule toujours sur la masse des biens, en y comprenant les biens donnés entre-vifs; ce calcul est indépendant de la réalité du statut. Faire abstraction des biens situés en pays étranger, c'est créer deux disponibles, deux réserves; cela est absurde dans les successions *ab intestat*, et cela est encore plus absurde quand il s'agit d'un disponible spécial, tel que celui de l'article 1098.

274. Le code Napoléon établit deux quotités disponibles, l'une de droit commun, l'autre exceptionnelle. Il y a lieu au disponible ordinaire quand le défunt laisse des descendants ou des ascendants. Si le défunt laisse des ascendants dans une ligne, le disponible est des trois quarts; il est de la moitié des biens s'il y a des ascendants dans les deux lignes (C. Nap., art. 915). Lorsque le défunt laisse des descendants, il peut disposer de la moitié, du tiers ou du quart des biens, selon qu'il y a un,

(1) Jugement du tribunal de la Seine du 21 mai 1879 (*Journal du droit international privé*, de Clunet, 1879, p. 549).

deux, trois enfants, ou un plus grand nombre. Ainsi le disponible ordinaire est fixé à raison de la qualité et du nombre des réservataires.

Le disponible entre époux diffère du disponible ordinaire, d'abord quant à la quotité, puis quant aux bases sur lesquelles il repose. Il faut distinguer si le défunt laisse des ascendants ou des descendants. S'il a des ascendants, il peut donner à son conjoint le disponible ordinaire, plus l'usufruit des biens réservés aux ascendants (C. Nap., art. 1094). On voit que ce disponible exceptionnel est un disponible de faveur. En l'établissant, le législateur a considéré uniquement la situation de l'époux donataire; il y a subordonné, on peut dire sacrifié les droits des réservataires. En effet, la réserve en nue propriété que le code laisse aux ascendants ne leur profitera presque jamais, puisque l'usufruit appartient à leurs enfants plus jeunes qu'eux d'une génération. Maleville dit que cela est dérisoire. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, a prévu l'objection, et a essayé d'y répondre : « Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve? C'est, en quelque sorte, ne laisser la réserve que pour leurs héritiers, mais c'est *la faveur du mariage*. Pourquoi la mort d'un époux changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'interversion du cours de la nature, les ascendants survivant à leurs enfants? » La justification est faible, mais peu importe; je ne critique pas ici le système de la loi, je l'expose, et je demande si la faveur du mariage, précisément parce qu'elle est excessive, n'est pas un statut personnel, établi au profit de la personne et fondé sur la considération du mariage; et cette situation privilégiée ne doit-elle pas exister pour tous les biens laissés par le défunt, sans tenir compte de leur situation? Favorisé en France, le conjoint ne le sera pas, je le suppose, en Amérique. A quoi lui sert alors la faveur que lui témoigne le code, si les biens sont situés en Amérique, en tout ou en partie? M. Brocher avoue que le disponible exceptionnel de l'époux, en concours avec les ascendants de son conjoint, est fixé à raison des rapports qui naissent du ma-

riage, pour mieux dire que c'est une faveur accordée au mariage; il reconnaît que l'importance de cette considération ne saurait être méconnue; néanmoins il se prononce pour la réalité du statut, par la raison que la réserve exceptionnelle ne saurait être d'une nature différente de la réserve générale (1). Je crois qu'au point de vue de la tradition, et cela est décisif, M. Brocher a raison. D'après le droit traditionnel que le code civil a maintenu, tout est réel en matière de succession; c'est à peine si l'on peut admettre la personnalité du statut qui détermine la capacité de disposer et de recevoir; or la réserve est une partie de la succession. Cela est décisif. Mais si on laisse là la tradition pour considérer la raison du disponible exceptionnel entre époux, et de l'amoindrissement de la réserve des ascendants, on arrive à une tout autre conséquence; tous les auteurs français, Demangeat, Troplong, Demolombe, constatent le caractère personnel du disponible et de la réserve que le code Napoléon établit au profit de l'époux et au préjudice de l'ascendant (2). Malheureusement il faut ajouter, comme le dit quelque part Merlin, qu'en fait de statuts, il n'y a pas à considérer les motifs de la loi. Quand, par son objet, un statut est réel, il faut s'en tenir à la réalité; or, sur ce point, il n'y a pas de doute : le statut de la réserve, comme celui des successions, en général, a pour objet la transmission des immeubles, donc il est réel; et si la règle est réelle, l'exception à la règle doit l'être également.

275. Si l'époux donateur laisse des descendants, il faut distinguer si ce sont des enfants communs, ou s'il y a des enfants d'un premier lit. La première hypothèse est la règle. Dans ce cas, le disponible exceptionnel au profit du conjoint est fixe; il ne varie pas, comme le disponible ordinaire, d'après le nombre des enfants. Le donateur veut-il disposer en propriété, il peut donner à son conjoint un quart en propriété, et, en outre, un quart en usufruit; veut-il disposer en usufruit, il ne peut donner à

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 267, n° 98.
(2) Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 218; Troplong, *Donations et Testaments*, n° 2553; Demolombe, t. XIX, n° 215.

son conjoint que l'usufruit de la moitié de ses biens. C'est encore un disponible de faveur, en ce sens que la loi ne tient compte que de la position du conjoint survivant, sans se préoccuper des réservataires et de leur nombre. Mais dans cette hypothèse la faveur a une raison d'être. Quel est le but de la loi en établissant un disponible fixe au profit du conjoint, et en réglant ce disponible de manière que l'époux donataire ait la jouissance de la moitié des biens que laisse le donateur? Le but est de permettre à l'époux prémourant d'assurer à son conjoint un état de fortune tel qu'il puisse continuer l'existence aisée ou riche qu'il avait de son vivant. J'ai dit qu'en réglant la succession *ab intestat*, les auteurs du code avaient oublié le conjoint, puis avaient méconnu ses droits en le reléguant au dernier rang des successeurs irréguliers, alors qu'il fallait lui donner la première place parmi les héritiers légitimes. En fixant le disponible entre époux, le législateur a permis au conjoint prémourant de réparer l'injustice de la loi. Sans doute, mieux eût valu que la loi elle-même fût juste; mais toujours est-il que le disponible consistant dans l'usufruit de la moitié des biens laissés par le défunt répond au douaire coutumier; en ce sens il est en harmonie avec le droit et avec la situation de l'époux survivant.

Mais que devient ce droit dans la doctrine de la réalité du statut? Si, comme dans l'affaire jugée par le tribunal de la Seine (n° 273), il y a des biens situés dans un pays dont la loi n'admet point ce disponible de faveur, le conjoint n'aura pas, malgré la volonté du donateur, et malgré la bienveillance que la loi témoigne à l'époux survivant, la jouissance qu'il voulait lui assurer; il pourra n'en avoir aucune s'il n'y a pas d'immeubles situés en France; car la succession mobilière sera régie par la loi nationale du défunt. Dans cette hypothèse, les enfants prendront tout le mobilier à titre de réserve, et les immeubles étrangers seront partagés d'après la loi étrangère. Le résultat sera plus qu'absurde, il sera inique. Le conjoint qui survit pourra ne plus avoir de moyens de subsistance; il dépendra du bon vouloir de ses enfants, malgré la volonté con-

traire du défunt, et malgré la volonté bienveillante de la loi. Est-ce que la situation des biens peut annuler la volonté du propriétaire? On dira que la loi de la situation doit l'emporter sur la volonté de l'homme. Qu'on veuille bien me dire à quel titre? Quel est l'intérêt du législateur territorial à ce que le conjoint étranger n'ait pas la jouissance des biens situés sur son territoire? En quoi sa souveraineté serait-elle blessée par cette jouissance? Tout étant d'intérêt privé, n'est-ce pas le cas d'abandonner au législateur des personnes intéressées le règlement de leurs droits et de tenir compte, avant tout, de leur volonté?

276. Si l'époux donateur laisse des enfants d'un premier lit, il y a aussi un disponible exceptionnel, mais loin d'être favorable au second conjoint, il lui est défavorable. Aux termes de l'article 1098, l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que, dans aucun cas, ses libéralités, au profit de cet époux, puissent excéder le quart des biens. Quelle est la raison de cette défaveur? La disposition a sa source dans les édits des empereurs chrétiens. Dans l'antiquité païenne, les seconds mariages étaient vus avec faveur; on les considérait comme favorables à la moralité tout ensemble et au bien de l'Etat par l'accroissement de population qu'ils procuraient. Le spiritualisme chrétien changea le cours des idées. Saint Paul ne légitimait le mariage, que comme un remède contre l'incontinence; quant aux seconds mariages, ils étaient flétris par les Pères de l'Eglise comme une prostitution légale (1). Le législateur chercha à les entraver. Le survivant qui se remariait devait conserver tous les biens qu'il avait reçus de son conjoint, pour les rendre aux enfants de son premier lit; il n'en conservait que l'usufruit. De plus, l'époux qui se remariait ne pouvait donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant. Ces lois étaient observées dans les pays de droit écrit. Un édit de François II,

(1) Voyez mon *Etude sur le Christianisme* (T. IV des *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, p. 185 et suiv. de la 2e édition.

connu sous le nom d'*Edit des secondes noces*, les étendit aux pays de coutumes. Le chancelier de l'Hôpital, auteur de l'édit, condamne sévèrement les seconds mariages dans le préambule ; il en veut surtout aux veuves qui, pour trouver un second mari, lui prodiguent les biens, tandis qu'elles devraient conserver tout leur amour pour leurs enfants. Les auteurs du code civil sont préoccupés du malheureux sort des enfants du premier lit qui souffrent dans leurs intérêts moraux et pécuniaires. La loi veille à ce que du moins ils ne soient pas dépouillés au profit du second époux et d'une famille étrangère. De là la disposition restrictive du disponible. Il suffit de connaître les motifs de la loi pour se convaincre qu'elle est essentiellement personnelle : conçoit-on que la veuve puisse, en se remariant, donner sans restriction à son second mari les biens qu'elle possède dans un pays où il n'y a pas d'édit des secondes noces, au mépris de la prohibition qui frappe ces libéralités inconsidérées ? Le législateur veillerait donc aux intérêts des orphelins, ou il n'y veillerait pas, selon que les biens seront situés en France ou ailleurs ? Il y veillerait pour les immeubles, il n'y veillerait pas pour les meubles ! Ces contradictions sont aussi iniques que choquantes. Elles témoignent contre la réalité du statut de la réserve, en ce qui concerne le disponible entre époux. Cependant la jurisprudence se prononce pour la réalité (n° 273) ; et elle a dû le faire, puisqu'elle est liée par la tradition, à laquelle le code civil renvoie (art. 3). Il faut un changement dans la loi pour rétablir la raison et l'équité, là où règne la souveraineté territoriale avec ses conséquences absurdes et iniques. L'objet de cette étude est précisément de préparer le terrain à une nouvelle théorie des statuts, en prouvant à chaque pas que la doctrine traditionnelle n'a plus de raison d'être.

N° 4. Des conditions réputées non écrites.

277. Je ne vois pas que les auteurs se soient occupés du statut des conditions qui sont réputées non écrites dans

les donations et dans les testaments. Elles jouent un grand rôle dans les dispositions à titre gratuit. Le principe même a été attaqué comme violant l'intention du donateur ou du testateur; sur la nature du statut il n'y a ni doctrine ni jurisprudence. Il importe cependant d'établir des principes certains dans cette matière, ne fût-ce que pour appeler l'attention du législateur sur la question de savoir s'il faut modifier le système traditionnel et en quel sens. Quant à la personnalité ou à la réalité du statut, elle dépend de la nature du principe; c'est donc le principe qu'il faut avant tout préciser.

L'article 900 du code civil porte : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites. » Ainsi le législateur les efface, comme si elles ne se trouvaient pas dans l'acte, et il maintient la disposition. Il en est tout autrement dans les contrats : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » (Art. 1172.) Quelle est la raison de cette différence entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit? Il faut distinguer les testaments et les donations.

Le principe de l'article 900 vient de l'ancien droit, qui l'avait emprunté au droit romain, mais on ne l'appliquait qu'aux testaments. Quand dans un contrat, dit-on, les parties ajoutent une condition impossible ou illicite, on doit croire qu'elles ne veulent pas traiter sérieusement, elles plaisantent, et une plaisanterie n'est pas un contrat. Celui qui teste ne badine certes pas, il le fait à l'approche de la mort, ou en pensant à la mort. Si donc le testateur ajoute à son legs une condition impossible ou illicite, on suppose que cette condition s'est glissée par erreur dans ses dispositions; partant on doit l'effacer comme n'étant pas l'expression de la volonté du défunt. Ainsi le principe de l'article 900 est fondé sur une présomption d'erreur. Cela détermine la nature du statut, il est essentiellement personnel ; il faut le décider ainsi, même sous l'empire du code civil, et de la tradition à laquelle il s'en réfère. En

effet, il n'est pas question des biens, soit meubles soit immeubles; donc il faut écarter le texte de l'article 3 du code civil, ainsi que la tradition. De quoi s'agit-il? D'une volonté inconsciente, le testateur ne songe pas à ce qu'il écrit, comme s'il avait un moment d'absence; ce qu'il écrit n'est pas l'expression de sa pensée, car il a écrit sans penser, donc la condition qu'il a ajoutée à ses dispositions n'en est pas une; en ce sens on doit l'effacer. Cela tient à l'état du testateur et à sa capacité, donc au statut personnel. C'est peut-être parce que cela a paru évident aux auteurs qu'ils n'ont pas discuté la question.

Mais si la conséquence est évidente, on n'en peut dire autant du principe. Je ne parle pas des conditions impossibles, c'est une hypothèse d'école, que l'on ne rencontre guère dans la vie réelle ; a-t-on déjà vu un legs fait sous ces conditions : Si vous touchez le ciel du doigt, ou si vous buvez toute l'eau de la mer? Restent les conditions illicites : est-il vrai que le testateur n'y songe pas en les écrivant? La supposition est contraire à l'essence même de la condition : le testateur ne subordonne pas l'existence du legs à une condition qu'il écrit sans réfléchir, c'est une supposition qui n'a point de sens. Ce qui le prouve, c'est que souvent le testateur ajoute une espèce de peine en déclarant qu'il annule sa disposition si la condition n'est pas remplie. Et quand cette clause irritante n'est pas exprimée, elle est sous-entendue. La loi scinde donc la volonté du testateur en effaçant la condition sous laquelle il a disposé ; c'est dire que le législateur la méconnaît en ne tenant aucun compte de la condition à laquelle le disposant a subordonné sa libéralité. Je suis étonné que le code italien ait maintenu le principe traditionnel, en ce qui concerne les testaments, tout en le rejetant pour les donations : il se justifie aussi peu pour les actes à cause de mort que pour les actes entre-vifs. Toullier dit, au contraire, que les jurisconsultes philosophes, tels que Grotius, qui ne restent pas servilement attachés aux décisions du droit romain comme un serf à la glèbe, rejettent les distinctions qu'il établit entre les dispositions testamentaires et les conventions soumises

à une condition impossible. On doit en dire autant et à plus forte raison de l'application que le code a faite du principe romain aux donations.

278. On dit que la condition, dans les donations, est une clause accessoire qu'il faut effacer quand elle aurait pour effet d'annuler la disposition principale. Que veut le donateur? Gratifier le donataire ; s'il avait prévu que la condition vicierait la libéralité et l'annulerait, il l'aurait certainement effacée; donc la loi répond à son intention en effaçant la condition et en maintenant la libéralité. La raison est assez mauvaise; on en pourrait dire autant dans les contrats à titre onéreux. Je répète que, par sa nature, la condition est sérieuse, et qu'elle est stipulée sérieusement. De plus la donation est un contrat, elle exige le consentement exprès du donataire ; si la condition est illicite, il ne doit pas s'y soumettre; s'il l'accepte, il se fait complice et il ne mérite pas la libéralité. Il est inutile d'insister, car ce n'est pas par des raisons de droit que les auteurs du code ont assimilé les donations aux testaments ; ils ont trouvé cette assimilation dans les lois de la révolution, et ils l'ont maintenue en la généralisant. Les ennemis du nouvel ordre de choses se servaient des conditions qu'ils imposaient aux donataires et aux légataires, pour attaquer les principes essentiels de 1789, la liberté, l'égalité, la tolérance religieuse ; la loi du 5 septembre 1791 a eu pour objet de déjouer ces attaques, en annulant les conditions, tout en maintenant les libéralités. C'était une loi de circonstances, qui n'a plus de raison d'être, aujourd'hui que les principes de 89 sont entrés dans nos mœurs. Le législateur italien a donc bien fait de soumettre au droit commun les donations affectées d'une condition illicite. Il faut aller plus loin, et abolir l'article 900 dans toutes les dispositions d'intérêt privé.

Quant à la nature du statut établi par l'article 900, il faut dire des donations ce que je viens de dire des testaments. Le principe est identique et les motifs sont analogues. C'est par une volonté peu éclairée, troublée par je ne sais quelle pensée inconsciente, que le donateur a ajouté une condition qu'il se hâterait d'effacer s'il savait

qu'elle annulerait sa libéralité. Il y a une présomption d'erreur, donc un vice de consentement, partant la clause doit être effacée comme ayant été stipulée sans volonté sérieuse. De là suit que la condition doit être effacée partout, sans avoir égard à la situation des biens. Il y a, sous ce rapport, un conflit entre la loi française et la loi italienne. Le code d'Italie n'efface pas les conditions illicites ajoutées aux donations ; il en résulte que les donations sont viciées et partant nulles. Ce statut est aussi personnel; de là suit qu'une donation faite par un Italien, en Italie ou en France, n'aurait aucun effet en France, pour les biens qui y sont situés : car il faut appliquer, dans l'espèce, la loi italienne, et non la loi française; celle-ci est également personnelle, et ne s'applique qu'aux Français, donc l'Italien donataire ne pourrait pas s'en prévaloir. Par contre, le Français donataire en vertu d'une donation affectée d'une condition illicite pourrait invoquer la loi française quant aux biens situés en Italie, puisque la validité de la donation dépend de son statut national ; et l'on ne peut certes pas dire, dans l'espèce, que la loi territoriale est d'ordre public, puisqu'elle est l'effet d'une erreur législative ; et le motif de l'article 900, fût-il fondé, ne serait pas d'intérêt général, puisqu'il n'y a que des intérêts privés en cause. A tous égard donc, le statut est personnel.

279. L'article 900 reçoit son application aux libéralités faites en matière de fondations. C'est surtout cette application qui a été critiquée au sein de nos Chambres par les représentants du parti catholique, et c'est précisément pour ces libéralités que le principe du code Napoléon se justifie. Les fondations sont faites dans un intérêt général ; c'est donc l'intérêt général qui doit décider toutes les questions qui se présentent pour les conditions illicites ajoutées aux donations ou testaments. D'abord il faut décider que l'article 900 doit être appliqué, ce qui va sans dire. Un testateur charge son légataire universel de constituer à une commune une rente perpétuelle, destinée à l'instruction primaire gratuite que les petits-frères de la doctrine chrétienne donnent aux enfants pauvres. L'arrêté

royal qui autorise la commune à accepter le legs y ajoute la réserve que l'enseignement serait donné par des instituteurs nommés conformément à la loi du 23 septembre 1842. Quand la commune réclama la délivrance du legs, le légataire universel refusa, jusqu'à ce que l'enseignement fût donné par les petits-frères. Accueillie par le tribunal de première instance, cette opposition fut rejetée par la cour de Liége, et la cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. La condition que l'enseignement fût donné par les petits-frères excluait l'enseignement laïque et les instituteurs créés par la loi, donc elle était illégale, et elle devait être effacée. Je cite le texte de l'arrêt de la cour de cassation de Belgique, parce qu'il établit nettement le principe. Le testateur avait ajouté une clause irritante, voulant subordonner l'existence de sa libéralité à une condition illicite stipulée dans l'intérêt de la domination de l'Eglise. Cette clause n'arrêta point la cour de Liége ; elle dit très bien que s'il était permis au testateur d'ajouter une clause pareille, on effacerait la règle de l'article 900. L'arrêt de la cour de cassation confirme pleinement cette doctrine. « Celui, dit-elle, qui fait un legs conditionnel subordonne naturellement la libéralité à la condition qu'il y met, peu importe qu'il en affirme ou qu'il n'en affirme pas le caractère obligatoire; comme la clause irritante n'a d'autre but que de contraindre le légataire à l'exécution de la condition illicite, elle doit suivre le sort de celle-ci et s'anéantir avec elle, afin que le légataire ne soit pas privé du bénéfice de son legs, pour n'avoir pas fait ce que la loi défend (1). » On voit quel est le but du testateur et de l'Eglise qui inspire, c'est-à-dire qui dicte ses dispositions. Quelle est la pensée des donateurs et des testateurs qui inscrivent dans leurs actes des conditions contraires aux lois ? C'est par opposition, par haine pour l'autorité civile et pour les lois laïques, qu'ils cherchent tantôt à soustraire leurs fondations à tout contrôle de la loi, tantôt à faire des libéralités au profit de personnes ou de congrégations incapables

(1) Rejet, 31 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 537).

de recevoir. Je parle de *haine*, c'est l'Eglise qui la leur inspire ; elle fait une guerre à mort à la société laïque et à ses lois : plutôt pas de charité, que la charité laïque ! plutôt pas d'instruction, que l'enseignement laïque ! Ce qui revient à dire : la domination de l'Eglise sous couleur d'œuvres pies. On lit dans un acte de fondation que « la direction morale et religieuse de l'établissement devra toujours être agréée par l'autorité supérieure ecclésiastique ». Cette condition fut réputée non écrite ; c'est une volonté aveuglée par l'esprit de domination de l'Eglise ; le législateur a raison de n'en tenir aucun compte, et en effaçant la condition, il montre plus de charité que le défunt, pour mieux dire que l'Eglise, qui dicte ces dispositions (1). Un curé lègue un couvent au séminaire de Bruges, à condition que le bâtiment serve toujours à l'instruction de jeunes filles, que l'évêque en ait la surveillance, et que le curé de la commune en soit le directeur. L'arrêté royal effaça ces conditions, contraires à la loi, et autorisa la commune à accepter le legs. La commune, dominée par le clergé, le refusa (2). Jusque-là va l'abaissement des esprits dans les Flandres, grâce au joug séculaire du clergé !

Que doit faire le législateur en face de la résistance qu'il rencontre à chaque pas ? Il faut qu'il la brise, sinon il n'y a plus de société, plus de souveraineté civile, l'Eglise prend la place de l'Etat ; de fait, il en est ainsi dans nos Flandres. En matière de fondations, il n'y a qu'un moyen de maintenir le respect dû à la loi, c'est d'annuler les conditions qui y sont contraires. De quoi le fondateur se plaindrait-il ? S'il est de bonne foi, s'il n'a pas conscience de l'illégalité de ses dispositions, on entre dans ses intentions en effaçant ce qu'il y a d'illégal, la condition, tout en maintenant la libéralité. Que s'il est de mauvaise foi, s'il veut sciemment éluder la loi, échapper à l'autorité civile, ou l'attaquer et l'amoindrir, le législateur a le droit et le devoir d'annuler les conditions illégales, et de main-

(1) Arrêté royal du 27 avril 1859 (*Circulaires*, 1859, p. 385).
(2) Arrêté royal du 5 mars 1862 (*Circulaires*, 1862, p. 240).

tenir la fondation en faisant plier le fondateur, malgré lui, sous l'empire de la loi. Le testateur voulait créer une fondation en dehors de la loi et contre la loi; le législateur donne à sa volonté le seul effet légal qu'elle puisse avoir en maintenant la fondation malgré lui, et en mettant à néant la condition illégale (1).

280. Il nous est facile maintenant de déterminer le caractère du principe établi par l'article 900, dans son application aux fondations d'intérêt public. Toutes les fondations faites en France ou en Belgique sont soumises à l'autorisation du gouvernement. J'ai déjà dit que, dans mon opinion, la disposition de l'article 910 est générale et absolue; je n'admets pas les exceptions que l'administration française a consacrées; les principes que je viens d'établir sont empruntés à la jurisprudence de nos cours et à la pratique du ministère de la justice. Il est d'évidence que, dans son application aux fondations, la disposition de l'article 900 est d'intérêt général, par conséquent elle forme un statut réel, dans la plus large acception du mot. D'abord elle oblige tous les habitants du territoire, sans distinction entre les naturels du pays et les étrangers; ceux-ci sont soumis aux lois de police, en vertu de l'article 3 du code Napoléon, or la loi qui soumet à l'autorisation du gouvernement les libéralités faites pour une cause pie quelconque concerne la police du royaume, puisqu'elle a pour objet de maintenir la souveraineté de l'Etat; et il en est de même de la loi qui permet au gouvernement d'effacer les conditions illégales que les donateurs ou testateurs mettent à leurs libéralités, c'est encore une loi de police qui a pour objet de sauvegarder le respect dû à la souveraineté, et de garantir l'indépendance de l'autorité civile en face des usurpations de l'Eglise. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les libéralités qui ont pour objet des meubles et celles qui ont pour objet des immeubles; les articles 910 et 900 ne permettent pas ces distinctions, qui n'auraient d'ailleurs aucun sens, les lois

(1) Voyez le rapport de M. Bara sur la loi du 24 décembre 1864 (*Documents sur les fondations d'instruction publique*, t. Ier, p. 66 et suiv.).

de police s'adressent aux personnes ; ce sont les donateurs et testateurs que le code civil a en vue, c'est l'intérêt social qui est en cause ; voilà le vrai terrain sur lequel s'exerce la souveraineté. Quant à l'article 900, je viens de dire qu'il intéresse au plus haut degré l'existence et l'indépendance de l'autorité civile, toujours menacée et attaquée par l'esprit de domination de l'Eglise ; c'est donc aussi une loi de police s'adressant aux personnes. Il y a encore des personnes fictives en cause dans le conflit entre l'Etat et l'Eglise, ce sont les établissements et les fondations que l'on appelle les *œuvres pies*, ou *pia corpora*. Tout ce qui concerne les corporations ou établissements dépend du statut réel, l'incorporation ou la personnification ne pouvant se faire qu'en vertu de la loi, et tous les actes qui se font par les personnes dites civiles ou à leur profit n'étant valables qu'avec l'autorisation du gouvernement ; et quand ces actes contiennent des libéralités, ils tombent sous l'application de l'article 900 ; le gouvernement appelé à les autoriser peut effacer les conditions illégales qui y ont été ajoutées par les donateurs ou testateurs, quel que soit l'objet des libéralités ; l'intérêt général est le même, quels que soient les biens compris dans la donation ou dans le testament.

La disposition de l'article 900 forme encore un statut réel en ce sens que les donations ou testaments reçus en pays étranger ne peuvent avoir aucun effet en Belgique et en France, quand les actes contiennent des fondations, sans autorisation du gouvernement, et s'il les autorise, il doit effacer les conditions contraires aux lois. Il en serait ainsi quand même, dans les pays où ces actes seraient reçus, il n'y aurait pas de disposition analogue à l'article 900. Chaque pays pourvoit à sa police, comme il l'entend. D'après le code italien, les donations ne sont pas soumises à la règle que l'article 900 établit ; s'il s'y trouve une condition illicite, l'acte est nul en vertu du droit commun. Si la donation créait une fondation en France ou en Belgique, l'autorisation du gouvernement serait nécessaire, et celui-ci pourrait, en l'autorisant, effacer les conditions qu'il jugerait illégales. Ainsi l'acte nul, d'après

la loi italienne, serait validé en vertu de la loi française. Peut-être le législateur italien n'a-t-il songé, en annulant les donations affectées d'une condition illégale qu'aux libéralités d'intérêt privé; quand il s'agit de fondations, l'intérêt public peut exiger qu'elles soient maintenues, sauf à effacer les conditions illégales dont elles sont affectées. Sous ce rapport, le système français me paraît préférable au système italien; dès que l'intérêt général est en cause, il faut laisser pleine latitude au gouvernement, dont la mission est d'y veiller.

Reste à savoir quel serait, en pays étranger, l'effet des fondations faites en France ou en Belgique. Puisque ces libéralités dépendent du statut réel, ce sont les lois de police de chaque Etat qui décideront. Une fondation faite en France par donation entre-vifs serait nulle en Italie si elle était affectée d'une condition illégale; peu importe qu'en France elle puisse valoir en effaçant les conditions contraires à la loi; la loi de police française n'a aucune autorité à l'étranger; c'est la loi italienne qui devra être appliquée, et le législateur italien ne permet pas d'effacer la condition illégale que le donateur a attachée à sa libéralité; vainement invoquerait-on l'intérêt italien; c'est au législateur d'y pourvoir, et il s'est prononcé pour la nullité.

§ II. — *Des donations.*

N° 1. DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

281. Les donations entre-vifs sont des contrats; à ce titre on pourrait croire qu'elles sont soumises en tout aux lois qui régissent les contrats. Mais les donations sont des actes d'une nature particulière, en ce sens que le donateur dispose à titre gratuit, sans compensation aucune; il diminue son patrimoine, et prive par conséquent ses héritiers des biens qui font l'objet de ses libéralités. Sous ce rapport, les donations touchent au droit héréditaire, et notamment au disponible et à la réserve. Le donateur peut excéder le disponible, en faisant des libéralités entre-vifs; dans ce cas, la donation sera sujette à réduction,

pour parfaire la réserve. Partant la libéralité sera régie par le statut réel, contrairement à la règle qui régit les contrats à titre onéreux ; dans ces contrats, c'est la volonté des parties qui fait la loi, et cette loi reçoit partout son application, sans qu'il y ait à distinguer entre le statut réel et le statut personnel; les biens et leur situation, ainsi que la souveraineté territoriale, sont hors de cause ; le législateur laisse pleine liberté aux parties contractantes, c'est leur autonomie qui domine. La raison en est qu'il s'agit d'intérêts purement privés; le législateur a pensé qu'il n'avait pas à intervenir dans le règlement de ces intérêts, personne n'étant plus compétent à cet égard que les parties elles-mêmes : partant il n'y a pas lieu à l'application de la théorie des statuts.

Il n'en est pas de même des donations, quoiqu'elles soient aussi des contrats. La raison en est que l'intérêt des héritiers y est engagé, et cet intérêt est un intérêt général, dans l'esprit du droit français qui tient à conserver les biens dans les familles. Voilà une entrave à la liberté qui établit une différence considérable entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Dans ceux-ci la doctrine des statuts n'exerce, en général, aucune influence; c'est la volonté des parties qui fait leur loi, et cette loi étend son empire partout. Tandis que, dans les donations, le législateur intervient, pour entraver la liberté du donateur. Ici la théorie des statuts reprend son empire, et puisqu'il s'agit de conserver les biens dans les familles, le statut réel domine, comme il domine dans la succession testamentaire.

Est-ce à dire que toutes les dispositions du code civil, concernant les donations, forment un statut réel ? Non. Il faut distinguer dans les donations deux ordres de dispositions. Les unes sont l'application du droit commun qui régit les contrats ; elles restent aussi sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne les statuts ; c'est dire qu'elles ne dépendent pas du statut réel, tant que l'intérêt des parties est seul en cause ; la loi des statuts ne reparaît que lorsque les libéralités touchent à un droit ou à un intérêt de la société. Telles sont d'abord et notamment les dispo-

sitions qui concernent la réserve et le disponible; telles sont encore les formalités de la transcription qui sont établies dans l'intérêt des tiers, lequel est aussi un intérêt général. Il n'est pas toujours facile de distinguer ce qui est d'intérêt privé et ce qui est d'intérêt public ; c'est la difficulté que nous rencontrons à chaque pas dans le cours de ces Etudes. Je vais en donner un exemple. L'irrévocabilité des donations est un principe fondamental des libéralités qui se font entre-vifs; le code Napoléon, après avoir établi le principe, consacre une section aux exceptions que reçoit la règle de l'irrévocabilité. Quelle est la nature de la règle, en ce qui concerne le statut? et quelle est la nature des exceptions? Quant aux solennités, je renvoie à l'Etude que je consacrerai au statut des formes.

282. L'article 894 définit la donation en ces termes : « La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille *actuellement* et *irrévocablement* de la *chose donnée*, en faveur du donataire qui l'accepte. »

Les articles 943-946 consacrent des conséquences du principe de l'irrévocabilité; ils sont ainsi conçus :

Article 943 : « La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. »

Article 944 : « Toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle. »

Article 945 : « Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

Article 946 : « En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires. »

283. Les conséquences que la loi dérive du principe

de l'irrévocabilité en font connaître le sens et la portée. Tous les contrats sont irrévocables, en ce sens qu'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, et ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel (art. 1134). Comme le code Napoléon établit ce caractère de la donation, dans la définition même qu'il en donne, il faut qu'il y ait quelque chose de spécial dans le caractère de leur irrévocabilité ; en effet, les donations sont plus irrévocables que les contrats ordinaires. Dans l'ancien droit on disait, *Donner et retenir ne vaut*, pour marquer que la donation ne pouvait en rien dépendre de la volonté du donateur ; du moment qu'il donne, la chose sort de son patrimoine, et il s'en dépouille pour toujours. Pourquoi cette rigueur exceptionnelle? Elle est dans l'esprit du droit français, lequel, comme le dit Pothier, tend à conserver les biens dans les familles. Pour entraver les libéralités, la loi les déclare irrévocables. On est moins disposé à donner, quand on sait que l'on se prive soi-même et pour toujours de la chose donnée ; le législateur a compté sur cette attache naturelle à ce que nous possédons, et pour la bien faire sentir au donateur, il lui dit que le dessaisissement auquel il va consentir sera perpétuel. Cette pensée arrêtera bien des libéralités dans leur premier germe. Il est certain qu'il s'en fait peu. Ce n'est guère que dans les contrats de mariage que l'on en rencontre, et ces libéralités sont parfois des donations de biens à venir.

Comme il y a quelque hésitation dans la doctrine sur le sens du principe de l'irrévocabilité, je vais transcrire ce que Pothier en dit ; ses paroles sont décisives et pour le caractère du principe et pour la nature du statut : « L'esprit de notre droit français incline à ce que les *biens demeurent dans les familles* et *passent aux héritiers ;* les dispositions des coutumes sur les *propres* et sur les *réserves coutumières* le font assez connaître. *Dans cette vue*, comme on ne pouvait justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de *mettre néanmoins un frein qui leur en*

rende l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît dès le temps de la donation de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle à ce que l'on possède et l'éloignement qu'on a pour s'en dépouiller détournât des particuliers de donner (1). »

Pothier, en constatant que l'esprit du droit coutumier est que les biens demeurent dans les familles et passent aux héritiers, rappelle les principes fondamentaux du droit de succession tel que les coutumes l'organisaient, la distinction des propres et des acquêts, et la réserve coutumière. Il met sur la même ligne, comme ayant le même but, la règle de l'irrévocabilité des donations. Toutes ces règles forment un système général qui est le trait distinctif du droit coutumier. De là suit que, dans l'ancien droit, il fallait appliquer à l'irrévocabilité des donations le principe qui gouvernait les successions, c'est-à-dire que tout, en cette matière, dépendait du statut personnel. La cour de cassation le dit, et cela est incontestable pour toutes les dispositions du code qui tendent à conserver les biens dans les familles. Or, telle est, d'après Pothier, la maxime de l'irrévocabilité des donations. Et les principes de l'ancien droit sont aussi ceux de notre droit moderne. C'est ce que nous allons voir en exposant les conséquences qui résultent du principe de l'irrévocabilité.

284. Voici la conséquence que Pothier en déduit : « Toute clause qui laisse au donateur le pouvoir de *détruire* ou d'*altérer l'effet* de sa donation la rend nulle. » Ferrière s'exprime dans le même sens : « Un donateur est présumé *donner et retenir* quand, par quelque clause renfermée dans le contrat de donation, il peut, *directement* ou *indirectement*, *révoquer* ou *rendre inutile* la donation qu'il aurait faite (2). » L'article 944 contient l'application de ce principe, pour mieux dire, c'est le principe même formulé en d'autres termes; et les articles 943,

(1) Pothier, *Des Donations entre-vifs*, n° 65.
(2) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XV, n° 18.

945 et 946 consacrent d'autres applications de la même règle.

Aux termes de l'article 903, le donateur ne peut pas disposer de ses biens à venir. Le donateur, dit Pothier, étant libre d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation; ce qui est contraire à la maxime fondamentale que donner et retenir ne vaut (1). Soit, mais les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation (C. Nap., art. 1130); pourquoi la donation ne serait-elle pas valable, si le donateur acquiert des biens? Il n'y a d'autre raison que la défaveur que la loi montre aux donations. Cela est assez inutile; personne n'est disposé à donner; il ne se fait guère de libéralité que par contrat de mariage, et, dans ce cas, la loi permet de disposer des biens à venir (C. Nap., art. 947).

La donation de biens présents et à venir est-elle nulle pour le tout? L'ordonnance de 1731 annulait la donation même pour les biens présents et encore que le donataire eût été mis en possession desdits biens du vivant du donateur. La raison en est, dit Pothier, qu'il est dans l'esprit de l'irrévocabilité de considérer la libéralité comme indivisible et de la frapper de nullité pour le tout. En effet, la donation de biens présents et à venir implique la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera; or, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, le donateur se réserve indirectement d'anéantir la donation même de biens présents, puisqu'il peut contracter des dettes qui absorberont tout son patrimoine; il donne et retient, donc la donation est nulle (2). Oui, dans l'esprit de la loi d'irrévocabilité, comme le dit Pothier, mais la question a encore une autre face. La divisibilité ou l'indivisibilité n'est-elle pas avant tout une question d'intention? Le donateur a le droit de donner ses biens présents, donc la donation doit être valable pour ces biens, sauf à l'annuler pour les biens à venir

(1) Pothier, *Des Donations entre-vifs*, nº 80.
(2) Pothier, *Des Donations entre-vifs*, nºs 80 et 81.

qu'il ne peut pas donner. Pourquoi présumer indivisible une libéralité qui, dans l'intention du donateur, peut être divisible? C'est ce que dit l'article 943; si telle est la volonté du donateur, la donation vaudra pour les biens présents, elle ne sera nulle que pour les biens à venir. On voit que le législateur français a reculé devant la rigueur, disons le mot, devant les subtilités de l'ancien droit. Seulement il s'est arrêté à moitié chemin. Pourquoi ne pas maintenir la donation des biens à venir, quand le donateur acquiert des biens? Si cette donation est valable quand elle est faite par contrat de mariage, pourquoi ne le serait-elle pas hors de ce contrat? On aboutit ainsi au droit commun, qui a pour lui la raison, le bon sens et l'équité.

Cependant il faut interpréter le code dans l'esprit de l'ancien droit, partant décider que le statut de l'article 943 est réel, puisqu'il a pour but de conserver les biens dans la famille. Si donc il se trouvait une loi étrangère plus raisonnable et aussi plus juridique que le code Napoléon, la libéralité que ferait un donateur étranger de ses biens à venir conformément à son statut national serait nulle quant aux biens situés en France; la réalité le veut ainsi. Reste à savoir si la réalité est fondée en raison. Les auteurs du code avouent que c'est une question d'intention; cela ruine la tradition de l'irrévocabilité et de la réalité. Dès que l'on tient compte de l'intention, on rentre dans le droit commun des contrats, c'est-à-dire de l'autonomie, ce qui exclut la théorie des statuts.

285. La donation est nulle lorsqu'elle est faite sous une condition qui dépend de la seule volonté du donateur (art. 944). C'est l'âme de la donation entre-vifs, dit Ricard (1), de ne dépendre en rien de la volonté de celui qui donne. Cela est vrai. Mais si on laisse là l'esprit traditionnel, on aboutit à une autre conséquence. Le donateur ne donne pas pour retenir, cela serait un enfantillage; il donne conditionnellement, et s'il ne fait pas usage de la clause qui lui permet de retenir la chose donnée, pourquoi ne pas valider la libéralité? Ne vaut-il pas mieux que le

(1) Ricard, *Des Donations*, t. I[er], p. 230, n° 900.

donataire ait un droit éventuel, que de ne rien avoir? Et est-ce répondre à l'intention des parties, que d'annuler la donation, alors même qu'elle pourrait avoir un effet? La donation a son fondement dans la bienfaisance; pourquoi ne pas l'interpréter avec bienveillance, au lieu de chercher les moyens de l'annuler? N'est-ce pas chose ridicule de dire au donataire, comme fait la loi : Je vous permets de donner, mais je profiterai de tous les prétextes pour annuler votre donation?

Toutefois la loi est ainsi faite, et elle a pour conséquence la réalité du statut. Mais si l'on demandait quel intérêt et quel droit le législateur a de considérer comme un jeu et une mauvaise plaisanterie les libéralités que les parties ont considérées comme sérieuses? C'est après tout une question d'intention, et pourquoi ne pas respecter la volonté des parties? Dans la vérité des choses, tout devrait dépendre de leur autonomie, dans les donations, comme dans tous les contrats. Je puis disposer comme je l'entends d'une maison située en France, sous la condition, par exemple, que l'on cite à l'école, si je vais à Paris, ou si je m'y établis; pourquoi ne me permet-on pas de faire une donation sous la même condition, en supposant que mon statut national me le permette? La réalité n'a rien à faire dans ce débat.

286. La donation est encore nulle quand elle est faite sous la charge que le donataire payera les dettes que le donateur laissera à son décès. Rien, dit Ricard, n'est plus contraire à l'irrévocabilité et à la certitude nécessaires pour rendre une donation valable, que la liberté pour le donateur de l'anéantir en contractant autant de dettes qu'il lui plaira, à charge par le donataire de les acquitter (1). Faut-il demander à cet excellent jurisconsulte s'il a vu un donateur s'amusant à s'endetter pour réduire à néant une libéralité qu'il a faite? Après tout, c'est l'affaire du donataire qui s'y oblige. Est-ce qu'on ne voit pas tous les jours les particuliers faire des conventions, quoique le débiteur reste libre d'anéantir son obligation en se rendant

(1) Ricard, *Des Donations*, t. I[er], p. 261, n° 1028.

insolvable par les nouvelles dettes qu'il contracte? Il est inutile de multiplier mes objections contre une doctrine traditionnelle qui n'a point de raison d'être. J'en dirai autant de la réalité du statut; elle ne saurait être contestée, puisque c'est l'esprit de la tradition, et il est tout aussi incontestable que la réalité dans les contrats, où tout dépend de l'autonomie des contractants, est une chose absurde; sur ce point encore il est inutile d'insister.

287. Le donateur se réserve la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés : il meurt sans en avoir disposé; ledit effet ou ladite somme appartiendront à ses héritiers. Vainement aurait-il déclaré l'intention contraire, la loi n'a aucun égard à sa volonté : il a *donné* et *retenu*, donc la donation est nulle dans son principe (C. Nap., art. 946). A tout ce que l'on pourrait objecter contre cette rigueur excessive, la réponse est toujours la même : c'est dans l'intérêt des héritiers que l'ancien droit entravait la liberté du donateur, et les auteurs du code Napoléon ont maintenu le droit traditionnel; les biens donnés, contrairement à la maxime coutumière « donner et retenir ne vaut », sont censés ne pas avoir été donnés, donc ils restent dans le patrimoine du donateur et ils passeront à sa famille. Le législateur français a respecté trop servilement une tradition qui n'est plus dans nos mœurs; nous ne connaissons plus de réserve coutumière, nous ne savons plus ce que c'est que des propres de succession; cependant il reste vrai de dire que la tradition coutumière nous gouverne toujours. Elle est en opposition complète avec l'esprit moderne, qui est un esprit de liberté.

Il y avait une autre tradition dans l'ancien droit; les provinces de droit écrit n'acceptèrent pas toutes les conséquences de la maxime coutumière « donner et retenir ne vaut »; on attribuait au donataire les choses dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer (1). C'était le vrai principe. Le code italien est allé plus loin; il n'a pas reproduit la disposition de l'article 946; je suis étonné

(1) Ricard, *Des Donations*, t. Ier, p. 258, nos 1015-1017.

qu'il ait maintenu le principe de l'irrévocabilité, tel qu'on l'entendait dans l'ancien droit, au lieu d'en revenir au droit commun, c'est-à-dire à l'autonomie des parties contractantes. Il résulte de là un conflit entre le code d'Italie et le code Napoléon. Un Italien peut faire une donation avec la réserve que l'article 546 prohibe et annule; mais cette donation sera nulle quant aux biens situés en France : la souveraineté française est censée intéressée à ce que les biens situés sur son territoire soient conservés dans les familles italiennes. Cela n'a littéralement pas de sens; mais les grands principes le veulent ainsi, comme le disait Boullenois, au dernier siècle, tout en désirant que ces grands principes fussent modifiés.

288. Tel est le principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs. Le code civil, après avoir établi la règle avec ses conséquences, consacre une section aux exceptions que reçoit la règle; l'article 953 porte : « La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants. » Est-il vrai que la révocation, dans ces trois cas, est une exception au principe de l'irrévocabilité? La négative est certaine. Lorsque la libéralité est faite sous certaines charges et que le donataire ne les remplit pas, le donateur peut demander la révocation de la donation. C'est l'application du principe posé par l'article 1184, en vertu duquel la condition résolutoire est sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son obligation. Or, la condition résolutoire, tacite ou expresse, n'est pas une exceptions à la règle *donner et retenir ne vaut*, puisque la résolution ne dépend en rien de la volonté du donateur. Si la donation est révoquée quand le donataire n'exécute pas la charge attachée à la libéralité, c'est par le fait du donataire; il dépend de lui qu'elle ne soit pas révoquée, en exécutant ses engagements. La donation reste donc, en principe, irrévocable.

La révocation de la donation pour cause d'ingratitude ne dépend pas non plus de la volonté du donateur, il est

absurde de le supposer. Si la donation est révoquée, c'est malgré le donateur, moralement parlant ; il a donné par affection, et il ne demanderait pas mieux que de maintenir sa libéralité ; s'il en demande la révocation, c'est que le donateur s'est montré indigne du bienfait qu'il a reçu.

Quant à la révocation pour survenance d'enfants, le législateur l'a établie en supposant que telle est l'intention du donateur : il n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il aurait le bonheur d'être père. La révocation est donc fondée sur la volonté des parties contractantes. On a dit que la révocation dépendait, au moins en partie, de la volonté du donateur. Cela n'est pas exact ; l'intention tacite des parties ne suffit pas pour que la donation soit révoquée, il faut un fait qui ne dépend pas de la volonté humaine, car la naissance d'un enfant est un fait providentiel.

En définitive, le code Napoléon se trompe en considérant comme des exceptions à l'irrévocabilité, des causes de révocation qui n'ont rien de commun avec la maxime « Donner et retenir ne vaut ». La critique a son importance au point de vue de la nature du statut de la révocation.

289. Si les causes de révocation étaient une exception à la règle *Donner et retenir ne vaut*, on en pourrait induire que le statut est réel; car l'exception a le même caractère que la règle. A vrai dire, les prétendues exceptions n'ont rien de commun avec cette maxime, et elles sont complètement étrangères à la conservation des biens dans les familles.

Pour ce qui concerne la première exception, cela est d'évidence. La condition résolutoire tacite est étrangère à l'irrévocabilité des donations. En droit romain, cette condition était inconnue ; il fallait un pacte pour que le contrat pût être résolu dans le cas où l'une des parties ne remplissait pas ses engagements ; le pacte commissoire était régulièrement stipulé par les parties, notamment en matière de vente; les auteurs du code l'ont écrit dans la loi pour tous les contrats bilatéraux, ce qui dispense les parties de l'écrire dans leurs conventions. La condition résolutoire tacite résulte donc d'une convention tacite ;

c'est dire qu'elle dépend de l'autonomie des contractants. Or, l'autonomie exclut la théorie des statuts réels et personnels; elle produit, à la vérité, le même effet que le statut personnel, en ce sens que la volonté des parties a effet partout, de même que le statut personnel ou national des contractants; mais cela n'autorise pas à confondre deux ordres d'idées tout à fait différents. Le statut implique un commandement du législateur, qui impose sa loi aux particuliers; s'agit-il de l'état des personnes, et de leur capacité ou de leur incapacité, rien ne dépend de leur volonté, c'est la loi qui parle et elle le fait dans un intérêt général; tandis que l'autonomie implique que tout est abandonné à la volonté des parties intéressées. Bien moins encore peut-il être question du statut réel de la situation des biens; la volonté des parties a effet partout, au besoin dans le monde entier, ce qui exclut toute réalité.

M. Brocher paraît être d'un avis contraire (1). Il commence par dire qu'il ne croit pas que la condition résolutoire tacite appartienne à l'ordre public. On peut dire que cela est d'évidence; il s'agit de contrats, c'est-à-dire de stipulations que le législateur abandonne entièrement à la liberté des contractants; il leur permet de vouloir le contraire de ce que la loi présume qu'ils veulent, ce qui exclut toute idée d'ordre public; l'intérêt général veut que les hommes soient libres. M. Brocher ajoute que, *dans le doute*, les dispositions sur la condition résolutoire doivent être appliquées aux *biens régis par la loi française*. Cela veut-il dire que le statut de la condition résolutoire est réel? J'avoue que je ne comprends pas la réalité d'un statut qui dépend de l'autonomie des particuliers; et je ne vois pas non plus d'où viendrait le *doute* en cette matière. Ce que dit M. Brocher ne rend pas la chose plus claire : « La regle de la condition résolutoire, bien que facultative, n'en a pas moins été formulée, parce qu'elle a paru conforme à la *nature des choses*, aux *principes généraux* et à l'*intention probable* des parties. » Sans doute, la

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 265, n° 96.

condition résolutoire tacite est fondée sur l'*intention probable* des parties ; on peut affirmer que c'est leur intention certaine, sauf à elles à voir si leur intérêt demande que le contrat soit résolu. Que les *principes généraux* le veuillent ainsi, de même que la *nature des choses*, je l'admets ; mais qu'est-ce que cela a de commun avec la réalité du statut ? S'il y a une conséquence à en tirer, c'est que le statut est personnel, comme toutes les clauses des contrats ; pour mieux dire, la condition résolutoire n'est autre chose que la volonté des parties, et cette volonté ne connaît pas les limites et les entraves de la réalité.

290. Il est difficile de préciser le caractère de la révocation pour cause d'ingratitude. L'ingratitude est, en matière de libéralités, ce que l'indignité est en matière de successions, une incapacité morale de profiter d'un bienfait dont l'ingrat a toujours été indigne. Elle devrait donc anéantir rétroactivement la donation, car du jour même où le donataire a été gratifié, il a été indigne, les vils sentiments qu'il nourrit dans son âme ne naissent pas subitement, ils éclatent dès que l'occasion s'en présente, mais ils préexistent. Telle n'est pas la théorie du code Napoléon ; il ne résout pas la donation avec un effet rétroactif ; donc il n'y a pas de condition résolutoire. Il y a cependant une révocation fondée sur l'inexécution d'un engagement moral, contracté par le donataire. Domat a raison de dire que le donataire qui reçoit un bienfait est tenu de s'en montrer reconnaissant ; s'il est ingrat, il manque à son devoir, et par suite la donation pourra être révoquée (1). Pothier objecte que l'on ne donne pas sous la condition que la donation soit résolue si le donataire est ingrat (2). Non certes, le donateur ne prévoit pas et ne peut pas prévoir que le donataire se montrera indigne du bienfait qu'il lui confère. Mais la loi y pense pour lui ; de même qu'elle stipule la condition résolutoire, pour le cas où, dans un contrat à titre onéreux, l'une des parties n'exécute pas ses engagements, bien que l'autre n'ait pas prévu cette inexé-

(1) Domat, *Lois civiles*, p. 113, sect. 3, art. 1 et 2.
(2) Pothier, *Des Donations*, n° 80.

cution; si elle l'avait prévue, il est probable qu'elle n'aurait pas traité.

On peut donc mettre l'ingratitude sur la même ligne que l'inexécution des charges; dans l'ancien droit, on confondait même les deux causes de révocation, et l'on traitait d'ingrat le donataire qui n'exécutait pas les charges auxquelles il s'était soumis. Il en résulte une conséquence importante, en ce qui concerne la nature du statut; s'il dépend de l'autonomie dans un cas et s'il est personnel, il doit aussi être personnel dans l'autre. Ce n'est pas l'avis de M. Brocher. Il assimile l'ingratitude à un délit ou à un quasi-délit, et il en conclut qu'elle est régie par la loi du lieu où le fait intervient. N'est-ce pas confondre le crime ou le délit qui prouve l'ingratitude avec ce vice des âmes basses? Il y a encore une autre confusion d'idées. Le délit et le quasi-délit supposent qu'aucun engagement n'est intervenu entre l'auteur du fait dommageable et celui qui en est la victime (C. Nap. art. 1370); on n'a jamais appelé délit l'inexécution d'une obligation; or, dans l'espèce, il y a une obligation, celle de la reconnaissance, et c'est parce que le donataire manque à ce devoir que la donation est révoquée.

M. Brocher ajoute que la révocation pour cause d'ingratitude « semble puiser son autorité directement dans la loi, sans passer nécessairement par l'intermédiaire d'une volonté individuelle. » Qu'importe? N'en est-il pas de même de l'*indignité*? Cependant personne ne dira que l'indignité soit un statut réel. Il y a plus. L'ingratitude implique que le donateur n'aurait jamais donné s'il avait connu l'âme vile de celui à qui il témoigne son affection par un bienfait; donc la loi est bien fondée sur la *volonté individuelle* quand elle permet au donateur de révoquer la libéralité qu'il a faite à un ingrat. Il y a quelque chose de choquant à dire que la révocation dépend de la situation des biens : ingrat ici, parce que les biens donnés sont situés dans un pays où la loi permet la révocation pour cause d'ingratitude, l'ingrat pourra ailleurs être vil à son aise; il ne sera pas un ingrat, grâce au statut réel et à la situation des biens !

291. La révocation des donations pour survenance d'enfants est fondée sur une présomption qui paraît très naturelle. « Celui, dit Pothier, qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants ; s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas ; d'où l'on a tiré la conséquence que la donation était censée contenir une clause tacite de révocation s'il survient un enfant au donateur (1). » Le principe serait donc que la donation est révoquée en vertu d'une condition résolutoire tacite. Mais le code civil ne reste pas fidèle à cette théorie. La condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit, elle dépend de la volonté de celui qui a droit à la résolution ; tandis que la révocation de la donation pour survenance d'enfants opère de plein droit ; la loi défend même au donateur d'y renoncer. Il y a bien des objections à faire contre le système du code qui abonde en contradictions et en suppositions imaginaires. Mais pour le moment il ne s'agit que de la nature du statut. D'après la théorie de Pothier, la solution n'est pas douteuse ; la révocation se faisant en vertu d'une condition résolutoire tacite, il faut appliquer à la survenance d'enfants ce que j'ai dit de l'inexécution des charges ; le statut est conventionnel, il dépend de l'autonomie des contractants, donc il est personnel, en ce sens qu'il produit son effet partout. Cela est aussi fondé en raison, si l'on prend au sérieux les sentiments et les regrets que Pothier suppose au père ; il a donné des biens situés dans un pays où la révocation pour survenance d'enfants n'est pas admise ; il lui survient un enfant, qu'il affectionne d'autant plus que c'est un bonheur inespéré ; et cependant il ne pourra pas révoquer la donation, les lois françaises n'ayant aucun effet sur les biens situés dans un pays étranger. Il est vrai que la loi, inconséquente, ne permet pas au père de maintenir sa libéralité, mais cette inconséquence ne change point le caractère personnel, intime de la libéralité et de la cause qui la révoque. M. Brocher, après quelque hésitation, se pro-

(1) Pothier, *Des Donations entre-vifs*, n° 146.

nonce pour la réalité du statut (1); les motifs qu'il donne ne me persuadent pas. Pour mieux dire, lui-même ne paraît pas avoir une opinion arrêtée sur la nature du statut de l'article 960. Il commence par dire que c'est une disposition d'ordre public ayant pour but de protéger le donateur en révoquant la libéralité qu'il a faite avant de devenir père, et il en conclut que c'est à la loi du lieu où cet acte intervient qu'il faut s'arrêter. Ce que l'article 960 a de commun avec la loi du lieu où la donation se fait, je ne le comprends pas. Après cela l'auteur ajoute : « A moins qu'on ne préfère s'arrêter au caractère de réalité que nous avons assigné aux limites apportées à la libre disposition des biens par donation. » Est-ce que l'article 960 limite le pouvoir de disposer à titre gratuit ? Non certes ; il se fonde sur l'intention probable du donateur pour révoquer la libéralité, et après qu'elle est révoquée, le donateur reste libre d'en refaire une nouvelle, et de donner les mêmes biens à la même personne. Puis M. Brocher dit qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une sorte de restitution en entier, provoquée par des faits postérieurs à l'acte. La cause de la révocation n'est pas postérieure à l'acte, puisqu'elle est fondée sur l'intention du donateur, qui implique une condition résolutoire tacite, laquelle est inhérente au contrat. Pourquoi ne pas s'en tenir à ce caractère de la révocation qui lui est assigné par Pothier, au lieu d'imaginer des motifs qui n'ont aucun fondement ni dans la loi, ni dans la tradition?

La réalité, comme toujours, conduit à des conséquences absurdes. Je suppose que la donation comprend des biens situés dans divers pays, régis par des lois diverses ; dans l'un on admet la révocation pour cause de survenance d'enfants, dans l'autre on la rejette. Un enfant survient au donateur. La donation sera révoquée ici, elle ne sera pas révoquée ailleurs ; ainsi le père sera censé avoir eu dans un pays la volonté de révoquer sa libéralité, s'il avait prévu sa paternité ; et dans l'autre, il sera censé n'avoir pas eu cette volonté. Est-ce que la volonté se scinde?

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 345, n° 141.

Peut-on, au même instant, dans un seul et même acte, vouloir le pour et le contre? Est-ce que la loi peut présumer que le père, par amour pour son enfant, veut révoquer la donation des biens situés dans tel pays, et qu'il n'a pas ce même amour pour son enfant dans un autre pays, sans autre raison de cette affection, ou du défaut d'affection, que la situation des biens? Toutes ces suppositions, l'une plus absurde que l'autre, témoignent contre le principe d'où elles découlent.

292. L'article 1096 dispose que les donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables, et que la femme pourra les révoquer sans autorisation du mari. Dans l'ancien droit, la plupart des coutumes prohibaient toute libéralité entre époux. Le code italien est revenu à cette tradition ; aux termes de l'article 1056, les époux ne peuvent se faire aucune libéralité pendant le mariage, sauf par testament. J'ai déjà exposé, dans ces Etudes, les controverses qui se sont élevées sur le motif de cette prohibition, et, par suite, sur la nature du statut (1) ; la contrariété qui existe entre le code Napoléon et le code d'Italie donne un nouvel intérêt à la question. Il nous faut voir d'abord quelle est la nature du statut de la révocabilité. Les auteurs du code permettent les donations entre époux; c'est l'application de la règle générale qui donne au propriétaire le droit de disposer de ses biens comme il l'entend. Il y avait cependant un danger pour les libéralités que les époux se font pendant le mariage, c'est qu'elles ne soient pas l'expression de la libre volonté du donateur. Le législateur français a prévenu ce danger, en déclarant les donations révocables; le donateur ayant une entière liberté de révoquer la libéralité qu'il a faite pendant le mariage, on ne pourra pas dire, s'il n'use pas de ce droit, qu'il l'a faite pour acheter la paix, ou par une affection inconsidérée (2). Une disposition qui a pour objet de garantir la libre expression de la volonté du donateur,

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, n° 154, p. 287.
(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 88 (Locré, t. V, p. 338).

est personnelle de sa nature : il serait absurde de la déclarer réelle, car ce serait dire que la volonté du donateur est libre ou non, suivant que les biens donnés seraient situés dans tel pays ou dans un autre. C'est l'opinion de M. Demangeat contre Fœlix qui, fidèle à son système, répute tout réel (1).

La prohibition prononcée par le code italien a le même caractère. On ne peut pas dire qu'elle tend à conserver les biens dans les familles, puisque l'époux est libre de donner à son conjoint par testament tous les biens dont il peut disposer, ce qui fera nécessairement sortir les biens de sa famille, s'il n'a pas d'enfants nés du mariage. Au fond, le code italien est d'accord avec le code français ; celui-ci permet les libéralités entre époux, mais en les déclarant révocables ; or une libéralité révocable est en réalité une disposition de dernière volonté, puisque le donateur peut la révoquer jusqu'à l'instant de sa mort ; autant valait dire que les époux ne peuvent pas se faire une donation entre-vifs, puisque cette prétendue donation n'a pas le caractère essentiel de la donation, l'irrévocabilité ; étant révocable, elle prend la nature du testament. Les deux codes sont donc identiques, ce qui ne laisse aucun doute sur la personnalité du statut italien.

293. Fœlix est encore en désaccord avec son commentateur sur une autre question. Il suppose qu'une donation a été faite entre époux dans un pays où les libéralités entre époux sont irrévocables. Les époux se font naturaliser en France; la donation va-t-elle devenir révocable ? Non, dit Fœlix, car le donataire a un droit acquis aux biens, qui ne peut pas lui être enlevé. Oui, dit M. Demangeat, car en changeant de nationalité, les époux changent de statut ; naturalisés en France, ils sont soumis à l'empire du code Napoléon, qui déclare révocables toutes donations entre époux. Je crois que, dans l'espèce, Fœlix a raison. En effet, le changement de patrie n'a d'effet que pour l'avenir, il ne rétroagit pas, donc tous les actes faits valablement en vertu de l'ancien statut restent valables avec

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 247, note *a* (4e édition).

le caractère qui y est attaché. La donation, irrévocable dans son principe, reste irrévocable. M. Demangeat a tort de nier qu'il y ait droit acquis ; la donation a fait entrer irrévocablement le bien donné dans le patrimoine du donataire ; c'est bien là un droit acquis, dans toute la force du mot. On ajoute que l'article 1096 tient à l'ordre public, et que, dans les matières où l'ordre public est intéressé, il n'y a pas de droit acquis. Le principe est vrai, mais M. Demangeat en fait une fausse application. La révocabilité de la donation entre époux est d'ordre public, en ce sens que l'époux donateur n'y peut pas renoncer ; sa renonciation serait entachée du même vice que la donation. Mais, dans l'espèce, il s'agit précisément de savoir si l'article 1096 est applicable ; or il ne l'est pas, puisqu'il ne peut pas rendre révocable une donation qui a produit tout son effet.

J'ajouterai que ce débat est étranger à la nature du statut ; qu'il soit personnel ou réel, peu importe ; il s'agit de savoir si la donation, irrévocable dans son principe, confère un droit acquis, et si le changement de statut peut enlever un droit acquis ; la réalité ou la personnalité du statut de l'article 1096 sont hors de cause.

294. Je trouve, dans le *Journal du droit international* de M. Clunet (1), une question qui se rattache à la révocabilité des donations entre époux. Un Italien épouse une Française en France ; il lui fait une donation entre-vifs par acte authentique. Cette donation est-elle valable ? La négative est si évidente que je comprends à peine que la question ait été posée. Je viens de citer l'article 1054 du code italien qui défend aux époux de se faire aucune libéralité pendant le mariage, sauf par acte de dernière volonté. Cette prohibition forme un statut personnel, qui suit les Italiens en pays étranger ; or il s'agit, dans l'espèce, d'époux italiens, puisque la femme française, en se mariant avec un Italien, prend la nationalité de son mari. Cela est décisif. La circonstance que le mariage a été célébré en France est indifférente ; la femme française

(1) *Journal* de l'année 1879, t. Ier, p. 385.

n'en suit pas moins la condition de son mari. Le *Journal* ne dit pas si les biens donnés étaient situés en France; ce fait serait également inopérant, une fois que l'on admet que le statut est personnel; il va sans dire que la solution serait différente si l'on admettait la réalité du statut. On ne peut pas objecter que le statut territorial dominerait, dans l'espèce, le statut personnel des parties; cela supposerait, en effet, que la loi française qui permet la donation entre époux est d'intérêt général, en ce sens que le droit de la société étant en cause, ce droit l'emporte sur le droit personnel des étrangers. L'article 1094 du code civil est purement d'intérêt privé; s'il autorise les libéralités entre époux par donation, c'est par application du droit commun qui permet au propriétaire de disposer de ses biens ; cela ne touche en rien au droit de la société française. Donc le statut personnel conserve tout son empire.

Il se présentait, dans l'espèce, une autre difficulté. Le code italien donne à la femme un droit d'hérédité, tandis que, d'après le code Napoléon, la femme est reléguée au dernier rang des successeurs universels. On demande si la femme française, devenue Italienne par son mariage, jouira du droit d'hérédité que lui donne le code d'Italie. L'affirmative me paraît certaine. Dans mon opinion, la veuve conserve la nationalité que le mariage lui a donnée, jusqu'à ce qu'elle fasse la déclaration de volonté exigée par le code Napoléon (art. 19); cela est décisif. J'ajoute qu'il en serait de même dans l'opinion consacrée par la cour de cassation de France (1) ; je suppose que la veuve recouvre de plein droit la nationalité française, elle n'en sera pas moins appelée à succéder à son mari, à titre de veuve ; peu importe qu'elle devienne étrangère par la dissolution de son mariage, car les étrangers exercent, d'après le code italien, les mêmes droits que les Italiens; ils sont donc admis à succéder en Italie. Ainsi la femme succédera ; mais succédera-t-elle d'après la loi italienne ou d'après la loi française ? Pour la succession mobilière,

(1) Voyez, sur cette question, le t. III de ces Etudes, n[os] 170-172.

il n'y a aucun doute, elle succédera d'après son statut personnel qui, dans la doctrine française, est le code Napoléon ; elle ne serait donc qu'un successeur irrégulier. Quant à la succession immobilière, la solution dépend de la nature du statut; en France, on le répute réel, donc la femme serait exclue des biens situés en France, dans toute hypothèse, quand même elle conserverait sa nationalité italienne ; c'est encore une anomalie résultant du statut réel : héritière en Italie, la femme n'est en France qu'un successeur irrégulier. Mais la femme peut-elle invoquer sa qualité d'héritière en Italie si, comme l'admet le code italien, le statut de succession est personnel ? Dans la doctrine qui fait perdre à la femme, de plein droit, sa nationalité italienne, il faut dire que le statut personnel de la femme est la loi française. Dans l'opinion que j'ai soutenue, la veuve reste Italienne, par conséquent son statut est la loi d'Italie et, en vertu de cette loi, elle est appelée à la succession de son mari, à titre d'héritière.

Le *Journal* de M. Clunet n'entre point dans ces distinctions; il décide, en termes absolus, que la veuve, dans l'espèce, succédera à son mari italien. On invoque d'abord une considération d'équité, c'est que, dans l'opinion qui exclut la femme redevenue française par la mort de son mari, on aboutirait à une conséquence aussi étrange qu'injuste : c'est que la femme française mariée à un Italien se trouverait soumise à la loi italienne pour les restrictions qu'elle lui imposerait, par rapport à sa loi d'origine, tandis qu'elle ne pourrait pas l'invoquer pour les avantages qu'elle lui confère. Cette considération n'est d'aucune valeur, de même que toutes les raisons d'équité que l'on invoque contre le droit strict : on ne succède pas en vertu de l'équité, on succède en vertu du droit écrit. Le *Journal* fait aussi valoir un motif de droit; il dit que l'époque où *théoriquement* le droit à l'hérédité du mari s'est ouvert en faveur de la femme n'est pas celle du décès du mari, mais celle du mariage des époux. Voilà une *théorie* que l'on pourrait qualifier d'*étrange*. Il est de principe élémentaire que le droit à l'hérédité s'ouvre à la mort du défunt ; c'est à ce moment que le successible doit avoir

les qualités et conditions requises pour être héritier. Sans doute le mariage a donné à la femme la qualité en vertu de laquelle elle est appelée à succéder, soit comme héritière, soit comme successeur irrégulier ; mais cette qualité ne lui donne aucun droit actuel, pas même un droit éventuel, le droit à l'hérédité n'étant jamais qu'une espérance, qui peut ne pas se réaliser, et qui ne se réalisera pas, si la loi qui appelle la femme à la succession est changée lors de l'ouverture de la succession, ou s'il s'opère, comme dans l'espèce, un changement dans l'état et dans la capacité de la femme. On objecte que « le décès de l'époux n'est que l'avénement de la condition suspensive d'une dévolution de biens réglée *irrévocablement* par la loi elle-même comme conséquence du mariage ». Je réponds que cette prétendue condition suspensive est une de celles que les auteurs imaginent pour le besoin de leur cause. Dans l'espèce, il n'y a aucune dévolution de biens suspendue par une condition ; juridiquement, cela ne se conçoit même pas, car la condition qui se réalise a un effet rétroactif ; il faudrait donc dire que la femme a été héritière le jour de son mariage : faut-il rappeler l'axiome qui dit qu'il n'y a pas d'hérédité d'un homme vivant ? Et comment peut-on parler d'une dévolution *irrévocable*, en matière de succession, alors que le successible n'a *aucun droit ?* Dire, comme le fait le *Journal*, que le *moment de raison*, où le *phénomène juridique* s'est produit, est celui où la femme française est devenue italienne par le mariage, et se trouve par conséquent régie par la loi italienne, est une confusion d'idées ; le moment du mariage ne décide qu'une chose, c'est que la femme devient successible, mais succédera-t-elle ? Cela dépend de la loi qui la régira à l'ouverture de la succession, car c'est alors seulement que ce droit s'ouvre.

N° 2. DE LA DONATION DE BIENS A VENIR.

295. Aux termes de l'article 1082, le donateur peut, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'il laissera au jour de son décès, tant au profit

des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage. C'est ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, une *institution contractuelle,* parce que le donateur institue un héritier par contrat. De Laurière dit que c'est le *don irrévocable* d'une *succession* ou de *partie d'une succession*. C'est donc une convention sur succession future, partant une dérogation à la règle qui défend tout pacte successoire (C. Nap., art. 1130): le donateur transmet sa succession aux futurs époux par voie de contrat. Quelle est la nature de la loi qui régit la succession contractuelle? La question est controversée, les uns la considèrent comme un statut réel, les autres comme un statut personnel. Avant de répondre à la question, il faut examiner le caractère de cette donation particulière, qui nous vient des coutumes; le droit romain l'ignorait; pour mieux dire, il la prohibait, puisque c'est une convention sur une succession future. Ce qui la caractérise, c'est que le donateur ne se dépouille pas actuellement au profit des donataires, il ne leur donne pas ses biens présents, il leur donne les biens qu'il laissera à son décès. Ainsi il ne se fait aucune transmission de propriété, le donateur conserve ses biens, et la faculté d'en disposer à titre onéreux d'une manière illimitée. Mais l'institution contractuelle est irrévocable, en ce sens que le donateur ne peut plus disposer de ses biens à titre gratuit; les donataires sont héritiers par contrat, et le donateur ne peut pas les dépouiller de ce droit, ni directement, en révoquant l'institution, ni indirectement, en faisant des libéralités.

Dans l'ancien droit, on demandait si l'institution contractuelle était une disposition entre-vifs ou une donation à cause de mort; il y avait des auteurs qui l'appelaient amphibie, parce qu'elle tient tout ensemble de la donation et du testament. Furgole en conclut qu'elle forme une classe à part qui a ses règles particulières (1). Toutefois, la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour la donation, à raison de l'irrévocabilité de l'institution con-

(1) Furgole, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1731, art. 13 (Œuvres, t. V, p. 100 et suiv.)

tractuelle (1). Ce qu'il importe de constater, c'est que la donation de biens à venir par contrat de mariage déroge aux règles fondamentales de notre droit; d'abord, en permettant de donner des biens à venir, ce qui permet au donateur de révoquer indirectement sa libéralité en disposant des biens à titre onéreux; ensuite, en autorisant une convention sur une succession future, alors que le code prohibe les pactes successoires dans les termes les plus absolus, comme je le dirai plus loin. Quelle est la raison de ces dérogations? Nos anciens auteurs, Dumoulin en tête, s'accordent à dire que les institutions contractuelles ont été autorisées pour favoriser le mariage, et que c'est par faveur pour le mariage que le législateur a permis au donateur de déroger aux principes généraux des donations et même des contrats. L'homme a une attache naturelle à ses biens; il n'aime pas à s'en dépouiller de son vivant; les parents mêmes sont peu disposés à faire des libéralités qui les privent d'une partie de leur fortune et qui assurent aux enfants une indépendance qu'il ne convient point de leur accorder. Ils donneront plus volontiers les biens qu'ils laisseront à leur décès, ce qui confère aux enfants un droit irrévocable sur l'hérédité, de sorte que le donateur ne peut plus disposer à leur préjudice du disponible (2).

296. Quelle est la nature du statut qui autorise l'institution contractuelle? Il faut toujours, en matière de succession, distinguer le droit français du droit étranger, et bien plus encore de la théorie. Le code Napoléon consacre implicitement la tradition en disposant que les immeubles, même ceux qui sont possédés par des étrangers, sont régis par la loi française (art. 3); c'est dire que le statut des successions immobilières est réel; la conséquence en est qu'un étranger peut disposer des biens qu'il possède en France, à titre d'institution contractuelle, encore que sa loi personnelle ou nationale défende la donation des biens à venir. Cela a été décidé ainsi par la cour de cas-

(1) Cassation, 7 mars 1863 (Dalloz, 1863, 1, 148).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XV, p. 221, n° 179.

sation de France. Dans l'espèce, il s'agissait d'une donation de biens présents et à venir faite en dehors du contrat de mariage ; la cour pose en principe que les lois prohibitives, c'est-à-dire celles qui défendent de disposer des biens, soit en tout, soit en partie, soit en telle ou telle circonstance, constituent des statuts réels, qui affectent directement les biens et enchaînent la liberté du propriétaire, quelle que soit la loi de son domicile. Telle est l'ordonnance de 1731 (art. 15) reproduite par le code civil qui défend de disposer par donation entre-vifs, autre que celle qui se fait par contrat de mariage, des biens à venir : cette disposition, dit la cour, appartient évidemment à la classe des statuts réels (1). Il en doit être de même de la donation de biens à venir qui se fait par contrat de mariage, car la règle et l'exception ont la même nature et dépendent, par conséquent, du même statut. L'article 3 suffit pour le décider ainsi. Toute succession immobilière forme un statut réel, peu importe qu'elle soit déférée par la loi, ou par la volonté du défunt, soit par testament, soit par convention; c'est, dans tous les cas, une transmission de biens immeubles, et toute transmission de biens immeubles tombe sous l'application du statut réel. C'est l'avis de MM. Aubry et Rau, et, au point de vue de la tradition française, cela me paraît incontestable (2).

297. L'opinion contraire est enseignée par M. Bertauld (3); c'est une conséquence du système de l'auteur, qui part du principe que le statut de succession est personnel ; dans cet ordre d'idées, la succession contractuelle doit aussi procéder du statut personnel ou national du donateur ; il y a une raison de plus pour le décider ainsi, puisque l'institution contractuelle se fait par contrat, or, les contrats dépendent de la volonté des parties ; c'est l'autonomie qui y règne et non la volonté du législateur. Il est vrai que, dans l'espèce, la loi intervient pour permettre aux parties contractantes de déroger au droit

(1) Rejet, 3 mai 1815 (Sirey, 1815, 1, p. 46, de la nouvelle collection).

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit français*, d'après Zachariæ, t. Ier, p. 90 (4e édition).

(3) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 44, nos 54-56.

commun ; mais cette extension de la liberté n'a pas pour effet de changer la nature de la convention ; elle repose toujours sur un concours de consentement, donc sur la volonté des parties ; or, cette volonté n'est pas astreinte à la limite d'un territoire ni à la situation des biens. Quel est le but du législateur en autorisant l'institution contractuelle ? Est-ce de faire une disposition concernant des biens immeubles ? C'est là le moyen, mais le but est de favoriser le mariage ; or, serait-ce favoriser le mariage que de subordonner la validité de l'institution contractuelle à la situation des biens ? Ce serait dire que le mariage doit être favorisé ou ne doit pas l'être, selon que les biens sont situés à Rome, ou dans un pays de droit écrit qui ignore l'institution d'un héritier par contrat ; ces distinctions tirées de la situation accidentelle des biens, alors que le but de la loi est essentiellement personnel, n'ont pas de sens. M. Bertauld a donc raison, en théorie, de placer la loi de l'institution contractuelle parmi les statuts personnels ; mais il a tort sur le terrain du droit français qui repose sur la tradition. Les jurisconsultes allemands peuvent raisonner comme je viens de le faire, car ils ne sont pas liés par une loi traditionnelle, ou, si l'on veut, la tradition a été modifiée au dernier siècle ; de réel qu'il était dans l'opinion commune, le statut de succession est devenu personnel, ce qui conduit à la personnalité du statut de l'institution contractuelle. C'est l'opinion de Wächter, il l'énonce sans même discuter la question (1) ; dès que le principe est admis, la conséquence est certaine.

Wächter et Bertauld appliquent le principe du statut personnel au cas où le donateur, dont la loi nationale défend l'institution contractuelle, voudrait faire une donation de biens à venir en France. La disposition serait nulle pour les biens situés dans la patrie du disposant, parce que son statut national le suit en pays étranger. L'institution serait-elle valable pour les biens situés en France ? Il y a un motif de douter ; c'est que le donateur

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 374, note 360.

est incapable, et l'incapacité le suit en pays étranger, même pour les biens qui y sont situés. La raison serait décisive, dans mon opinion, puisque je maintiens le statut personnel de la capacité ou de l'incapacité en matière de succession, sans distinguer si la succession est légitime, testamentaire ou contractuelle. Dans le système de la cour de cassation, la solution serait différente. Si l'on admet que tout, en matière de succession, dépend de la situation des biens, il faut admettre aussi la conséquence du principe : incapable en vertu de son statut national, le donateur deviendra capable à raison de la situation des biens, nouvelle anomalie à ajouter à toutes celles qui découlent du système de la réalité. On pourrait dire que la loi française permettant l'institution contractuelle pour favoriser le mariage, il y a lieu d'appliquer le principe d'après lequel le statut territorial domine le statut personnel, quand la loi du territoire intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs. J'ai souvent répondu à l'objection ; le principe est vrai, mais il ne faut pas lui donner une extension démesurée; il ne suffit pas que le mariage soit en cause pour que, par cela seul, le statut territorial l'emporte, il faut que la société y soit intéressée ; alors on peut dire que le droit de la société domine le droit de l'individu.

N° 3. DES PACTES SUCCESSOIRES.

298. Le code contient plusieurs dispositions sur les pactes successoires. Aux termes de l'article 1130, on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. L'article 1600 contient une application du principe général posé par l'article 1130 : « On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement (1). »

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 25 (Locré, t. VI, p. 152). Pothier, *Obligations*, n° 132 ; *Vente*, n° 157.

L'article 791 traite spécialement de la renonciation : « On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à sa succession. » Au titre du Contrat de mariage, la loi reproduit cette prohibition : « Les époux ne peuvent faire aucune *convention* ou *renonciation* dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. »

Quels sont les motifs d'une prohibition que le législateur répète si souvent, en défendant même les pactes successoires dans le contrat le plus favorisé, le contrat de mariage? Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, que ces conventions sont réprouvées parce qu'elles sont contraires à l'*honnêteté publique*. C'est l'expression de Pothier, lequel dit ailleurs : « Il y a des choses qu'il est contre la *décence* et contre les *bonnes mœurs* d'espérer, telle qu'est une succession future, que l'on ne pourrait espérer, qu'en *espérant la mort de la personne* qui doit y donner ouverture; ce que les *bonnes mœurs* ne permettent pas. » Une espérance coupable pourrait faire naître des pensées criminelles, comme l'insinue une loi romaine. Les pactes successoires sont donc contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Quant aux renonciations qui se font par contrat de mariage, il y a un motif spécial. On ne peut pas supposer que des enfants attentent à la vie de leurs parents par cupidité. La renonciation, notamment celle qui se faisait jadis par contrat de mariage, avait pour objet d'arracher aux filles une renonciation à la succession de leurs parents, afin d'avantager les aînés, et notamment l'aîné de la famille. Cet usage se liait au système aristocratique qui régissait l'ordre des successions dans l'ancien régime : j'y reviendrai. On autorisait, pour mieux dire, on forçait les filles à renoncer à la succession de leurs parents même collatéraux, afin, dit Pothier, de conserver les biens dans la famille, et de soutenir par ce moyen la splendeur du nom. Ces renonciations se faisaient d'ordinaire par contrat de mariage; la fille y déclarait qu'elle se contentait de la dot constituée à son profit par ses

père et mère. La dot servait de prétexte, car une dot dérisoire, un *chapel de roses*, suffisait pour dépouiller les filles d'un droit qu'elles tiennent de la nature. La révolution de 1789 inaugura un nouvel ordre de sentiments et d'idées ; elle proscrivit les odieux priviléges et les exclusions qui paraissaient si favorables sous le vieux régime. Odieuses en tant qu'elles violaient la loi d'égalité, ces préférences iniques viciaient également l'esprit de famille ; là où l'affection doit être égale, les droits aussi doivent être égaux. Le code civil confirma le droit révolutionnaire en prohibant la renonciation, même par contrat de mariage, à la succession d'un homme vivant. On lit dans le rapport que Chabot fit au tribunal : « Les renonciations auxquelles on forçait les filles de souscrire par leurs contrats de mariage, à la succession de leurs parents, et sans lesquelles on ne leur permettait guère de se marier, avaient la même tache d'*injustice* et de *féodalité* que les exclusions coutumières concernant le droit d'aînesse et de masculinité ; elles blessaient également la *nature* et l'*égalité* ; il fallait également les proscrire (1). »

299. Quelle est la nature du statut qui prohibe les pactes successoires et les renonciations à une succession future ? On répond généralement que le statut est réel ; et dans le système traditionnel que le code Napoléon a consacré, cette opinion ne saurait être contestée. Les interprètes du code civil ne se donnent pas même la peine de motiver leur avis ; ils se bornent à dire que le statut est réel (2). Les auteurs qui traitent spécialement du droit international privé se prononcent dans le même sens. M. Brocher commence par dire que les dispositions du code lui semblent avoir une nature assez complexe ; il croit que le caractère de territorialité y domine, à raison des rapports directs qu'elles ont avec la succession légale. Ce motif suffit en droit français, puisque la prohibition des pactes successoires a pour objet de maintenir l'ordre des successions tel que la loi l'établit. Il y a encore d'autres considérations

(1) Chabot, *Rapport*, n° 43 (Locré, t. V, p. 121).

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, d'après Zachariæ, t. Ier, p. 106, de la 4e édition.

qui viennent à l'appui de la réalité du statut ; quant aux renonciations à une succession future, la prohibition tient à l'ordre social et économique, donc à la constitution de la propriété ; il faut ajouter que les pactes successoires ont paru au législateur blesser le sentiment moral. M. Brocher en conclut que la prohibition s'applique d'une part à toutes les successions régies par la loi française, et d'autre part aux successions ouvertes en pays étranger ; sauf toutefois à avoir tel égard que de droit à la loi sous l'empire de laquelle les pactes successoires avaient été faits, les motifs pour lesquels ces pactes ont été prohibés n'étant pas à l'abri de toute controverse (1).

J'ai transcrit à peu près littéralement ce que M. Brocher dit de la nature complexe des pactes successoires ; la conclusion me paraît tellement vague, que je ne saurais préciser quel est, à son avis, le caractère du statut. Nous allons entendre M. Bertauld. Il admet qu'il y a, en dehors du statut *réel*, c'est-à-dire de la loi qui ne régit que les biens, et en dehors du statut *personnel*, c'est-à-dire des lois sur la capacité des personnes, des *obstacles extérieurs* qui paralysent les obligations, à raison de l'*objet* ou de la *cause*, et qui ont un caractère *local*, donc *territorial*, opposable même aux étrangers, et qui aboutit à dire que ces lois ont le même caractère et le même effet que les statuts réels. M. Bertauld cite en première ligne les pactes successoires. Un traité fait entre un Français et un étranger sur une succession future ne serait pas opposable en France, alors même qu'il s'agirait d'une *succession étrangère* et que les lois étrangères ne prohiberaient pas comme *immoraux* les traités de ce genre. Même *entre étrangers* un traité sur une succession future serait sans effet en France, contre la loi française. Il y a, dans l'espèce, un intérêt d'ordre public, qui imprime aux prescriptions de la loi française un caractère obligatoire absolu dont la protection est confiée à nos juridictions nationales (2). Ces observations ne s'appliquent qu'aux pactes successoires

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 256, n° 91.
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 36, n° 45.

proprement dits, c'est-à-dire aux conventions sur une succession future que le code civil prohibe comme *immorales*, et qui étaient déjà défendues à ce titre, dans l'ancien droit. Ce que dit M. Bertauld ne s'applique pas aux renonciations à une succession future, qui étaient usitées dans l'ancien régime, et qui, loin d'être réprouvées comme immorales, étaient vues avec faveur même par les légistes qui se distinguent par leur sentiment moral, tels que Pothier. Il faut donc distinguer les deux espèces de pactes successoires ; ils ont un caractère différent, quoique le code Napoléon les confonde parfois dans une seule et même disposition (art. 791 et 1130). C'est ce que je vais faire, en entrant dans les détails ; les généralités ne servent qu'à augmenter les difficultés, en obscurcissant le débat.

300. Si les pactes successoires avaient nécessairement le caractère d'immoralité que Pothier leur attribue, il n'y aurait guère de doute sur la réalité du statut qui les défend : la société étant essentiellement intéressée à maintenir l'ordre moral, les lois qui ont ce but en prohibant des conventions contraires aux bonnes mœurs sont réelles, en ce sens qu'elles dominent le statut personnel de l'étranger. Mais est-il bien vrai que la vente d'une succession non ouverte blesse par sa nature même la moralité ? C'est un contrat aléatoire, la vente d'une chance; or, le code Napoléon admet et sanctionne ces conventions (art. 1104 et 1964). Il y a plus ; le code civil autorise, et il faut dire qu'il favorise les pactes successoires en permettant les institutions contractuelles; si toute convention sur une succession future était immorale, le législateur français n'aurait certainement pas permis de faire un pacte contraire aux bonnes mœurs dans le contrat de mariage; ce serait une singulière façon de favoriser le mariage, que de permettre aux futurs époux de faire des conventions immorales. Je conclus de là que la prohibition des pactes successoires n'a point ce caractère absolu que M. Bertauld admet. On conçoit donc qu'une loi admette ces conventions sans qu'on lui impute d'être immorale. Cette considération ne doit-elle pas influer sur la question de savoir quelle est la nature du statut qui défend les pactes suc-

cessoires? Je pose la question en théorie ; abstraction faite de la doctrine que le code civil a consacrée en ce qui concerne le statut de succession ; j'admets avec les commentateurs du code Napoléon que les pactes successoires étant une dépendance de l'ordre légal des successions, la prohibition de ces pactes doit avoir la même nature que la règle. Ce qu'il importe d'examiner, c'est si la théorie traditionnelle des statuts, dans son application au droit héréditaire, est fondée en raison.

Je reprends l'exemple donné par M. Bertauld. Des étrangers font une convention sur une succession future. La succession s'ouvre en France. On conteste la validité du pacte successoire; les parties invoquent leur statut personnel qui autorise la convention. Est-il vrai que le juge français doive l'annuler? Constatons d'abord qu'il s'agit d'une convention; or, en cette matière, les parties jouissent de la plus entière liberté, sauf la restriction que les lois y apportent, en défendant aux particuliers de déroger par leurs conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs (C. Nap., art. 6). Dans l'espèce, la loi nationale des parties a maintenu leur autonomie; la convention est valable d'après leur statut personnel ; quand ils l'invoquent en France, peut-on leur opposer que le statut territorial domine le statut national, par la raison que la loi française intéresse les bonnes mœurs ? Si l'immoralité du pacte successoire était certaine, l'affirmative ne serait pas douteuse. Mais peut-on dire que le législateur français réprouve le pacte successoire comme immoral, alors qu'il l'autorise dans un contrat moral par excellence, le contrat de mariage? Cela prouve que les conventions sur une succession future ne sont pas immorales de leur essence ; ce qui me paraît décisif. Les considérations morales ne suffisent pas toujours pour imprimer à une loi territoriale le caractère absolu de statut réel : je renvoie à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes sur la loi française qui abolit le divorce comme contraire aux bonnes mœurs, et je rappellerai cette parole si sage du procureur Dupin, qu'aucun pays ne doit avoir la prétention de posséder le monopole de la

moralité ; ce qui aboutit à la conséquence que les tribunaux français ne peuvent pas annuler comme immoral un pacte successoire fait entre étrangers, conformément à leur loi nationale.

301. Je prends maintenant l'hypothèse de M. Brocher. Un pacte successoire fait en France aurait-il effet sur la succession en pays étranger? Dans ce cas, les Français ne peuvent pas invoquer leur autonomie, car la loi française qui les régit restreint leur liberté ; ils n'ont pas le droit de faire un pacte successoire, leur loi nationale le leur interdit, en frappant ce pacte d'une nullité absolue; fondé sur une cause illicite, il ne peut produire aucun effet, c'est un de ces actes que la doctrine considère comme inexistants, ou nuls de plein droit, en vertu de la loi qui ne peut sanctionner une convention faite au mépris d'une prohibition d'ordre public. Nulle dans son principe, la convention peut-elle valoir en pays étranger? Je ne le crois pas. Ce n'est pas une question de statut; on ne peut pas dire que, le statut territorial validant le pacte successoire, il aura effet sur les immeubles situés sur le territoire étranger ; quoique la convention ait pour objet les biens, ce n'est pas à raison des biens qu'elle est valable ou nulle. Si la loi française l'annule, si la loi étrangère la valide, c'est par une appréciation diverse de la moralité de l'acte. Il s'agit de savoir si les parties contractantes peuvent se prévaloir de leur autonomie : chaque législateur décide cette question d'après l'idée qu'il se fait des bonnes mœurs et de l'intérêt général ; et la prohibition dont il frappe les conventions qu'il juge contraires aux bonnes mœurs étant une restriction apportée à l'autonomie, les nationaux auxquels il a le droit de commander ne jouissent plus de la liberté naturelle de contracter ; ce qu'ils font en violation de leur loi nationale ne peut avoir aucun effet, pas plus à l'étranger qu'en France; en faisant une convention sur une succession future, ils ont fait ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire; ce qui n'a aucune existence aux yeux de la loi française ne peut en acquérir en pays étranger. Il est certain qu'en France ces conventions n'auraient aucun effet ; elles ne peuvent en avoir à l'étranger, parce que les

tribunaux étrangers doivent apprécier l'autonomie des parties contractantes conformément à la loi nationale qui les régit. C'est une extension du statut personnel; la règle de l'autonomie n'a rien de commun avec la théorie des statuts; mais quand l'autonomie reçoit une restriction, la diminution de liberté qui en résulte devient une incapacité; en ce sens, le Français, incapable de faire un pacte successoire en France, doit rester frappé de cette incapacité en pays étranger.

302. Les renonciations à une succession future, telles qu'elles étaient usitées dans l'ancien droit, ne doivent pas être mises sur la même ligne que les pactes successoires. Pothier, qui réprouve ces pactes comme contraires aux bonnes mœurs, approuve les renonciations que l'on imposait aux jeunes filles dans leur contrat de mariage. Depuis la révolution de 1789, nos sentiments et nos idées se sont complètement modifiés à cet égard. La nature a repris ses droits, l'aristocratie a fait place à la démocratie. Nous considérons comme destructives de la famille, et en ce sens comme immorales, les conventions qui jadis étaient autorisées, que dis-je? favorisées, comme maintenant la splendeur des familles. Quelle est l'influence de cette révolution politique et morale sur la nature des pactes successoires sous forme de renonciation? En supposant que ces renonciations soient admises par une loi étrangère, auraient-elles effet en France? La question est de savoir si les lois qui rétablissent l'égalité voulue par la nature là où avait régné l'inégalité que la nature réprouve, forment un statut d'intérêt général qui domine le statut personnel de l'étranger. Cette difficulté ne se présente pas seulement pour la renonciation qu'une jeune fille fait à la succession de ses parents, elle est générale ; je l'examinerai en traitant des dispositions d'ordre public en matière de succession.

§ III. *Des testaments.*

N° 1. NATURE DU STATUT. INTERPRÉTATION DES TESTAMENTS.

303. Le testament dépend-il du statut réel ou du sta-

tut personnel ? J'ai déjà examiné la question en termes généraux (n°s 138 et suiv.). Je renvoie à ce que j'ai dit, au début de cette Etude, sur la capacité de disposer et de recevoir, qui, à mon avis, est régie par le statut personnel. Quant aux formes, qui jouent un si grand rôle en cette matière, j'y reviendrai. Restent les dispositions de biens. Comme il s'agit de la volonté du testateur, c'est-à-dire de son autonomie, on pourrait croire que la question n'en est pas une, ou qu'elle est mal posée, l'autonomie étant indépendante des statuts ; mais la question n'est point de théorie, elle doit être décidée d'après la tradition ; et, sur ce point, il ne saurait y avoir de doute ; l'article 3 du code Napoléon est décisif. Toute transmission d'immeubles dépend du statut de la situation, tandis que la transmission des meubles se fait conformément à la loi du domicile, c'est-à-dire la loi personnelle, ou nationale, dans la doctrine qui est consacrée par le code civil.

Fœlix paraît admettre le principe de l'autonomie, ce qui exclurait tout ensemble le statut réel et le statut personnel. On lit, dans son traité de droit international privé, que la *loi* du *domicile* du testateur régit la *substance* et l'*interprétation* des *dispositions* contenues dans le testament; or, la substance des dispositions, c'est bien le testament tout entier, par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens. C'est la définition de l'article 895. Mais ce n'est pas ainsi que Fœlix l'entend ; la règle qu'il pose, dit-il, s'applique à tout ce qui rentre dans l'autonomie du citoyen ; ce qui implique qu'il y a des choses qui n'y sont pas comprises. En effet, l'auteur enseigne que « le statut réel gouverne toutes les dispositions de l'homme relatives aux immeubles. Tous les actes qui ont des immeubles pour objet sont soumis aux lois du lieu de la situation; ces lois dominent ces actes ». Quant aux meubles, ils sont régis par le statut personnel. Puis Fœlix ajoute : « Relativement à tous les actes qui ne tombent pas sous l'application du statut personnel ou du statut réel, l'individu reste, en règle générale, libre de disposer de ses biens : les Allemands appellent cette liberté l'autonomie des ci-

toyens. » Fœlix s'exprime mal : rien n'est laissé à la liberté du testateur; qu'il le veuille ou non, ses immeubles sont régis par le statut réel et ses meubles par le statut personnel (1).

La distinction entre les meubles et les immeubles est admise par tous les jurisconsultes qui se rattachent à la tradition, notamment par Rocco; il va sans dire que les légistes anglo-américains sont tout entiers dans cet ordre d'idées. J'ai si souvent combattu, dans ces Etudes, la distinction des meubles et des immeubles, qu'il est superflu de renouveler le débat. Il suffit, pour ôter tout crédit à la tradition, de signaler les conséquences auxquelles le droit traditionnel conduit. En ce qui concerne les biens qu'il possède, dit un vieux légiste, le maître est considéré comme un homme double (*homo duplex*); en effet, quant aux biens situés dans un territoire, il est une personne (*unus homo*); et quant aux biens assis dans un autre territoire, il est une autre personne (*est alius homo*) (2). Ainsi l'homme est un *être double*, quand il possède des biens situés dans deux territoires différents; et il serait un être *triple* et *quadruple*, s'il possédait des biens dans trois ou quatre Etats. Cette étrange idée ne scandalisait pas les statutaires; c'était, en d'autres termes, l'axiome que pour les immeubles il y a autant d'hérédités, et, partant, d'héritiers qu'il y a d'immeubles situés dans des pays différents; comme l'héritier est le représentant de la personne du défunt, la conséquence logique est qu'il y a autant de personnes que d'immeubles, s'ils sont situés dans différents territoires, Faut-il demander si la personne dépend des immeubles? C'était bien là l'idée des vieux légistes. Bourgoingne dit en toutes lettres que la terre attire et domine l'homme, et que ce n'est pas l'homme qui attire et domine la terre (3). Voilà ce que l'homme devient dans la doctrine de la réalité des statuts.

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 261 et 262; et la *Revue étrangère de législation et de jurisprudence*, 1840, t. VII, p. 617 et 619.
(2) Gayl, *Ad jus Messanensium* (dans Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 154).
(3) Voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 438, n° 306.

Et si les hommes sont divisés en eux-mêmes, il ne faut pas s'étonner que les nations le soient. Boullenois en fait la remarque à l'occasion de la réalité du statut héréditaire. « Il est certain, dit-il, que si chaque nation, chaque royaume, chaque province était tellement isolée qu'elle pût n'avoir aucune communication, et qu'elle pût même se passer des autres nations, des autres royaumes, des autres provinces, les lois seraient toutes réelles. Dans ce cas, les différentes nations seraient tellement concentrées en elles-mêmes, qu'elles auraient raison de se renfermer dans leurs lois, et de ne vouloir pas entendre parler des autres. » Eh bien, c'est cet isolement qui a été la première origine de la maxime féodale que toute coutume est réelle; sous le régime féodal, les plus proches voisins ne se connaissaient point; j'ai cité ailleurs des témoignages de cet isolement qui nous paraît aujourd'hui fabuleux (1). Est-ce que tel est l'état naturel des peuples ? C'est comme si l'on disait que l'état naturel de l'homme est d'être divisé en deux, trois ou quatre personnes. Ecoutons Boullenois : « Entre tous les hommes du monde, entre les nations les plus éloignées, entre celles mêmes qui semblent le plus incommunicables, Dieu a établi une communication et une dépendance, sinon nécessaire, du moins d'utilité et de commodité, et dès lors il a été comme indispensable que les mœurs et les lois s'entr'aidassent les unes les autres pour le bien de cette communication (2). » Il n'y a rien à ajouter à cette critique de la réalité des statuts, sauf qu'il faut aller plus loin que le légiste français et affirmer que la communication des hommes et des peuples est une nécessité de leur nature; la conséquence en est qu'il doit y avoir entre eux un lien juridique, une communauté de droit, ce qui aboutit à abolir toutes les distinctions que le droit traditionnel établissait entre les hommes et les choses, étrangers et nationaux, meubles et immeubles; la distinction même des statuts doit disparaître ou changer

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*Féodalité*, p. 298 et suiv., de la 2e édition).

(2) Boullenois. *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 155.

de caractère. Il n'y a d'autres statuts réels que ceux qui tiennent à un droit de la société; ce droit l'emporte sur les droits des particuliers, sinon il n'y aurait plus de société, et, partant, les droits des individus seraient sans garantie. Est-ce que les lois qui règlent les successions, et notamment les dispositions testamentaires, intéressent l'existence de la société, sa conservation et son perfectionnement? Non, donc elles ne sont pas réelles.

304. Même en rejetant la distinction surannée des meubles et des immeubles, il n'est pas exact de dire, comme le fait Fœlix, que la substance des testaments est soumise à la *loi personnelle* du testateur. Les dispositions testamentaires sont, non une question de statut, mais une question de volonté, c'est pour cela qu'on appelle les testaments des actes de la volonté dernière du défunt. Le testament a toujours été comparé à une loi qui dépend de la seule volonté du testateur ; la loi proprement dite ou le statut est donc hors de cause. Mais il se peut que la volonté, telle qu'elle est exprimée par le testament, soit douteuse. Le juge devra l'interpréter. D'après quelle loi l'interprétera-t-il? Est-ce d'après la loi du lieu où le testament a été dressé? ou d'après la loi du lieu où les biens sont situés? ou d'après la loi personnelle du testateur? C'est toujours une question d'intention, et partant de probabilité, quand le testateur n'a pas exprimé son intention. Une interprétation fondée sur une probabilité constitue une présomption, et sauf dans les cas où la loi permet au juge de se décider par des présomptions de fait, il n'y a d'autres présomptions que celles que le législateur établit. Ce serait donc à la loi d'établir la présomption d'après laquelle le juge déterminera l'intention du testateur et interprétera sa volonté. En droit français, il n'y a pas de présomption légale en cette matière; dans le silence de la loi, la doctrine et la jurisprudence ont créé une présomption, ce qui, au point de vue des principes, n'est pas correct, car il ne saurait y avoir de présomption légale sans loi. Voici en quels termes Fœlix formule la présomption qui est généralement admise : « La loi du domicile du testateur régit l'interprétation des dispositions

contenues dans le testament. Le testateur est *supposé* avoir eu l'intention de s'en rapporter à ses usages ordinaires, à ses habitudes et aux lois de son domicile comme étant celles qui lui sont connues et présentes à la mémoire. » Fœlix cite à l'appui de cette règle vingt-deux auteurs, anciens et modernes, français, allemands, hollandais, anglais, en tête Menoch, qui a écrit un traité spécial sur les présomptions. Un jurisconsulte italien que j'ai souvent cité, le Napolitain Rocco, établit très bien le fondement de la règle.

Dans les contrats, dit Rocco (1), on suit comme règle d'interprétation que « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » Ce sont les termes de l'article 1139 du code Napoléon. Pourquoi ne suit-on pas la loi du lieu où l'acte est dressé, en matière de testament ? La raison de la différence est sensible. Dans les contrats, il y a concours de consentement des deux parties contractantes ; s'il y a doute sur l'intention qui a présidé à la convention, on ne peut pas s'en rapporter à la loi du domicile, puisqu'il n'y a point de raison de s'en tenir au domicile de l'une des parties plutôt qu'au domicile de l'autre. Il faut donc laisser là le domicile, pour s'attacher à la loi du lieu où le contrat s'est formé. Dans les testaments, au contraire, la volonté d'une seule personne domine ; si le testateur n'a pas exprimé son intention d'une manière claire et précise, à quelle loi faudra-t-il recourir pour l'interpréter ? Il est plus naturel de s'attacher à la loi du domicile qu'à celle du lieu où il a testé. Ce dernier lieu est souvent déterminé par le hasard ; surpris par la maladie, le testateur fait ses dernières dispositions dans un lieu étranger dont il ignore les lois ; il serait contraire à la raison de présumer qu'il a voulu se conformer à une loi qu'il ne connaît point, tandis que chacun est censé connaître les coutumes et les lois qui régissent les lieux où il a son principal établissement, c'est-à-dire le siége de ses affaires. Cela suppose que le testateur a un véritable domicile dans le pays qu'il habite ; s'il n'y

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi delle Due Sicilie*, p. 401-403.

a qu'une simple résidence de fait, il n'y a pas de lien de droit entre la personne et le lieu où elle réside ; d'un jour à l'autre elle le quittera, et partant on ne peut pas présumer qu'elle prenne connaissance du droit qui y est en vigueur, pour y subordonner ses agissements dans un des actes les plus importants de la vie.

205. On voit que la règle, telle que Fœlix la formule, ne repose que sur une probabilité. Les circonstances dans lesquelles le testateur a fait ses dernières dispositions peuvent prouver qu'il n'a pas entendu suivre la loi de son domicile; dans ce cas il faut s'en tenir à la volonté du défunt, telle qu'elle résulte des faits de la cause. C'est ce que dit très bien un des anciens auteurs cités par Fœlix, dont nous invoquons de préférence le témoignage, parce qu'il nous fait connaître la tradition française. « Dans les testaments, dit Boullenois, il n'est presque pas possible de se déterminer autrement que par les circonstances. La volonté du testateur est toujours sujette à interprétation : cette interprétation se prend, suivant les circonstances, tantôt de la loi du domicile, tantôt de celle de la situation, et tantôt de celle du lieu où le testament a été fait (1). » Boullenois cite diverses applications de la règle qu'il établit, en avouant qu'elle conduit à l'incertitude et à l'arbitraire ; je les laisse de côté, pour m'en tenir à ce que dit un de nos meilleurs jurisconsultes, le président Bouhier, auquel Boullenois renvoie en ces termes : « Il y a une belle question agitée par M. le président Bouhier, qui est une question conjecturale, en matière de testaments ; c'est assez d'indiquer cet auteur ; un savant, ou celui qui est avide de le devenir, ne peut plus dès lors se dispenser de le consulter. »

Faut-il s'attacher à la loi du domicile ou à celle du lieu où le testament a été dressé ? Bouhier répond (2) : « Dumoulin a proposé cette question dans l'hypothèse suivante. Il suppose un lieu où, par le statut, il est porté

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 503.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXII, nos 220-222 (Œuvres, t. Ier, p. 617).

que les testaments seront toujours observés à la lettre, sans pouvoir être interprétés au delà de leurs propres termes. Il suppose encore qu'un étranger qui se trouve par hasard en ce lieu y ait fait son testament, portant une institution de son fils, avec une substitution vulgaire expresse au profit d'un autre. Ailleurs on jugerait qu'une telle disposition contiendrait une substitution vulgaire tacite, en vertu de la volonté présumée du testateur, mais on en doit juger autrement dans l'étendue du statut dont je viens de parler, suivant lequel il n'est pas permis de donner une pareille interprétation aux dernières volontés. La question est de savoir si ce statut est applicable à un étranger qui a testé dans son ressort, et qui ignorait apparemment sa disposition. Sur cela Dumoulin décide que cette loi ne doit être observée que par le naturel du pays, qui y teste et qui a connaissance du statut; on ne doit pas l'appliquer à un étranger. Si un étranger a disposé en ce même lieu, et à plus forte raison ailleurs, on admettra la substitution pupillaire tacite, même quant aux biens qui sont situés sur le territoire dudit statut. En quoi, dit Bouhier, je trouve sa décision fort judicieuse; car, comme il s'agit d'une question conjecturale, on doit présumer que l'intention du testateur a été plutôt de se conformer à la loi de son domicile qu'à un statut dont il y a lieu de croire qu'il n'a point de connaissance. Ce principe pourra servir pour d'autres hypothèses semblables, s'il s'en rencontre. »

306. Les vieux légistes et Fœlix qui les suit disent tous que c'est la loi du *domicile* du testateur qui doit servir à interpréter ses dernières volontés. On sait que, dans l'ancien droit, la personnalité du statut dépendait du domicile. D'après le code civil et d'après le code italien, le domicile a été remplacé par la nationalité. Faut-il en induire qu'en matière de testament, l'intention du testateur sera déterminée par sa loi nationale? Je suppose qu'il n'y ait pas de loi qui établisse la présomption fondée sur le statut personnel du testateur. Et, en réalité, ce n'est pas une question de statut. Il s'agit de l'intention du testateur, or, il est libre de faire telles dispositions qu'il lui plaît de prendre; c'est sa volonté qui tient lieu de loi, et l'auto-

nomie exclut l'idée d'une loi ou d'un statut qui oblige le disposant. Même dans le lieu où il a son domicile, il peut disposer conformément à une loi autre que celle qui y est en vigueur ; de même il peut ne pas disposer d'après sa loi nationale, dans le cas où il est autonome. L'interprétation de sa volonté ne dépendant pas de sa loi personnelle, il faut laisser de côté le principe qui détermine le statut personnel par la nationalité de la personne, et voir quelle est la loi que, d'après les probabilités de la cause, le testateur a eue en vue. D'ordinaire le domicile se confond avec la nationalité; alors il n'y a pas de doute : le testateur est censé connaître sa loi nationale, qui est aussi celle de son domicile, plutôt que la loi du pays où il n'a qu'une simple habitation de fait, résidence qu'il est toujours sur le point d'abandonner, comme le dit Rocco, pour retourner dans sa patrie, où il a son principal établissement. Mais il peut arriver que le domicile et la nationalité diffèrent : que présumerait-on dans cette hypothèse? Un Anglais établit son domicile en Belgique, il y reste pendant toute sa vie ; il y fait son testament, dans les formes du code Napoléon, qui y est encore en vigueur. Interprétera-t-on, dans le doute, ses dernières volontés par le code civil ou par la *common-law?* Je crois qu'il faudrait se prononcer pour la loi du domicile, de préférence à la loi nationale, les probabilités étant que le testateur connaît mieux la loi du pays où il vit, où il a tous ses intérêts, que la loi de sa patrie. Toutefois je ne voudrais pas faire de cette probabilité une loi absolue et générale : l'intention est une question de fait, dont la solution dépend des circonstances, comme le dit très bien Boullenois; et c'est encore une question de fait, de déterminer quelle loi le testateur a eue en vue en disposant, si c'est sa loi nationale ou celle de son domicile.

307. La jurisprudence, en cette matière, est peu nombreuse. Fœlix cite un arrêt de la cour de Paris qui s'est prononcée pour la loi du domicile, sans que l'on ait discuté la question de savoir, s'il fallait suivre la loi du domicile proprement dit, ou la loi nationale. Je vais rapporter une décision de la cour de Bruxelles, qui juge, en droit, que d'après la règle adoptée dans nos mœurs, les

disposants tant dans les testaments que dans les actes entre-vifs, sont censés, en cas de doute, vouloir conformer leurs dispositions à la coutume du lieu où ils disposent, de sorte que les expressions générales des *dispositions* doivent être interprétées et tempérées par la coutume locale. La cour cite Stockmans. N'est-ce pas donner à la tradition une autorité légale qu'elle n'a plus? L'ancien droit est abrogé ; et la législation française qui nous régit ne reproduit point la règle que la cour de Bruxelles invoque. L'article 1159 du code Napoléon dit bien que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ; encore cette règle ne mentionne-t-elle pas la *loi* du lieu, elle a plutôt en vue des usages de fait et partant locaux. Faut-il étendre cette règle aux testaments? Ce n'est pas l'avis de Rocco, dont je viens de rapporter les judicieuses observations. Il n'y a donc pas de loi, dans l'espèce. Je ne dis pas que la cour de Bruxelles ait mal jugé; mais sa décision ne doit pas être considérée comme une doctrine légale.

D'après la coutume de Liége, les filles, concourant avec des frères, étaient exclues de la succession des biens censaux situés hors des villes et de leur territoire, à moins de disposition contraire. Les parents pouvaient déroger à la coutume, en rendant les filles habiles à succéder ; c'est ce qu'on appelait *affrérir, affrérissement*, parce que les *sœurs* étaient assimilées aux *frères*. Des époux mariés sous l'empire de la coutume de Liége font, en 1779, un testament conjonctif par lequel « ils déclarent *affrérir* tous enfants nés et à naître, voulant qu'ils partagent tous également les biens qui leur seront délaissés après le décès du dernier décédé d'eux deux ». Ce testament renfermait la clause, usitée jadis, qu'il ne pouvait être révoqué. La même année, la femme meurt, laissant cinq enfants de son mariage. En 1781, le mari convole en secondes noces ; en 1814, il fait un testament par lequel il lègue à sa seconde femme tout le mobilier et le quart de ses immeubles; il décède en 1816, laissant deux enfants du second lit. Les enfants du premier lit réclamèrent, en vertu du testament conjonctif de 1779, la totalité des biens délaissés par leur

père. Question de savoir si ce testament contenait une institution des enfants ou une simple clause d'*affrérissement*. La cour de Bruxelles décida que les époux n'avaient fait aucune institution spéciale et directe d'héritiers, qu'ils avaient simplement déclaré *affrérir* leurs enfants communs. Or, suivant l'ancien usage reçu au pays de Liége, l'*affrérissement* ne signifiait autre chose que de faire succéder les *sœurs* avec les *frères* aux biens d'où la coutume exclut les filles. Appliquant ensuite la règle d'interprétation qu'elle avait posée en principe, la cour décide que les époux, en affrérissant leurs enfants, avaient seulement voulu déroger, à leur égard, à la coutume de Liége qui n'admet pas les filles à succéder avec leurs frères aux immeubles censaux; de là suit que les testateurs, en ne faisant aucune institution expresse, et en différant le partage de leurs biens jusqu'à la mort du survivant, avaient voulu laisser subsister la dévolution et les autres dispositions coutumières relativement à leurs patrimoines confondus. Ces dispositions étant abrogées par le code civil, les biens du mari étaient devenus libres entre ses mains; la cour en conclut que la clause d'irrévocabilité insérée dans le testament de 1779 est venue à tomber, ce qui permettait au mari survivant de disposer de ses biens, mais qu'il n'avait pu donner à sa seconde femme qu'une part d'enfant, c'est-à-dire un huitième (1).

308. Le changement de domicile donnait lieu, dans l'ancien droit, à de nombreuses difficultés en ce qui concerne le statut personnel : l'état et la capacité des personnes restaient-ils immuables, ou changeaient-ils, quand le domicile changeait? J'en ai parlé dans ces Etudes (2). Que faut-il décider en matière de testament? Doit-on l'interpréter d'après la loi du premier domicile ou d'après celle du domicile que le testateur avait lors de son décès? Savigny se prononce pour la dernière opinion, ainsi que Fœlix. Avant la mort du testateur, dit-on, le testament ne confère pas un droit acquis au légataire; c'est seulement lors du décès que la *loi* peut *agir* sur les dispositions

(1) Bruxelles, 15 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 309).
(2) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 467, nos 268-270.

de *dernière volonté*, et exercer ses effets sur la substance de ces dispositions. Le testateur est censé s'en être rapporté à la loi de ce nouveau domicile, parce qu'il est naturel de supposer qu'il ne s'y est fixé qu'après avoir pris connaissance des *lois* qui s'y trouvent en vigueur (1). Fœlix cite, d'après son habitude, de nombreuses autorités, sans préciser ce que disent les auteurs dont il invoque les témoignages; je ne veux pas les discuter, parce que ce serait régulièrement embarrasser une controverse par dix ou vingt autres controverses, car il est rare que les auteurs disent ce que la citation en masse leur fait dire. Je m'en tiens aux motifs que Fœlix leur emprunte ou qu'il ajoute.

A mon avis, les excellents juristes que je viens de nommer confondent deux ordres d'idées tout à fait différents : l'autorité de la loi et la volonté du testateur. C'est déjà une question très difficile de savoir si l'état et la capacité déterminés par la loi du premier domicile (ou, dans mon opinion, la loi nationale) changent quand la personne gouvernée par cette loi change de domicile ou de patrie. Mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas de la *loi* qui, comme le dit Fœlix, agit sur les *dispositions* de *dernière volonté*; c'est le disposant qui est législateur, c'est sa *volonté* qui seule *agit*. Qu'a-t-il voulu? Voilà la question. Or, conçoit-on que le testateur veuille aujourd'hui telle chose, et que, lors de sa mort, il veuille autre chose, tout en laissant son testament intact? Cela n'a point de sens. Sans doute, il peut changer de volonté, mais en laissant son testament tel qu'il l'a fait, il prouve qu'il n'entend pas le changer. Est-ce que la loi le changera pour lui? Ici est l'erreur, à mon avis. Les jurisconsultes, habitués à décider en droit, oublient que les testateurs ne sont pas des légistes; ils ne disposent pas en droit, ils disposent en fait. Si l'on invoque la loi de leur domicile pour interpréter leur volonté, c'est que l'on présume qu'ils ont voulu ce que veut la loi qu'ils connaissent. Donc la loi du premier domicile est l'expression de leur

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 263, n° 117. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 313.

volonté. Cette volonté peut changer, il est vrai; mais change-t-elle par cela seul que le testateur change de domicile? Le testateur ne veut-il plus ce qu'il a voulu? On le prétend et on dit qu'il se sera enquis des lois de son nouveau domicile, et que son testament doit être interprété d'après la loi du dernier domicile. Raisonnement de juriste, qui est en opposition avec la réalité des choses. Pour que le raisonnement fût juste, il faudrait d'abord supposer que le testateur a conscience de l'obscurité et de l'ambiguïté de son testament, et qu'il a entendu qu'il fût interprété par la loi de son domicile. La vérité est que le testateur ne se doute pas que son testament est obscur; s'il le savait, il ferait mieux que s'en rapporter à la loi de son domicile, il changerait son testament. Tout ce que l'on peut présumer, c'est que le testateur a disposé d'après le droit qu'il connaît. Il change de domicile, et la loi de son nouveau domicile contient d'autres dispositions, qui donneraient un autre sens à son testament, si elles servaient à l'interpréter. Le testateur garde le silence. Qu'est-ce que les juristes en concluent? Qu'il a d'abord pris connaissance des lois nouvelles qui vont le régir : première supposition que la réalité contredit. Puis ils supposent que, voyant que la nouvelle loi contredit la première, il entend changer aussi de volonté : seconde supposition tout aussi improbable. Mettons les faits à la place de ces suppositions imaginaires. Le testateur a exprimé sa volonté par un premier acte ; cette volonté subsiste, à moins qu'il ne change d'intention; voilà tout ce qu'il sait et tout ce qu'il a besoin de savoir; or s'il changeait de volonté, il ferait un nouveau testament, ou il ajouterait une clause à celui qu'il a fait. S'il garde le silence, on en doit conclure que sa volonté reste la même, donc telle qu'on l'interprète par la loi de son premier domicile.

N° 2. RÉVOCATION ET CADUCITÉ DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

309. L'article 895 du code Napoléon, qui définit le testament, porte que le testateur peut le révoquer. Quelle est la nature de ce statut? Elle résulte de l'essence même

de la révocabilité. Le testament n'est qu'un projet : le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus. Sa volonté peut donc changer; cela est de l'essence du testament, puisque c'est un acte de dernière volonté. Il suit de là que le testateur ne peut pas s'interdire, ni même gêner la liberté qu'il a de révoquer toujours son testament ; en effet, en renonçant à la faculté de révoquer, le legs deviendrait une libéralité actuelle, donc entre-vifs, et cette libéralité ne peut se faire par testament.

Cela décide la question de la nature du statut. Il faut dire de la faculté de révoquer ce que j'ai dit du droit de disposer; ce n'est pas une question de statut, c'est le testateur qui fait la loi, le législateur ne lui impose et ne lui défend rien, sauf en matière de réserve, et les dispositions prohibitives et d'ordre public, dont je parlerai plus loin. Or, en tant que le testateur est autonome, on ne peut pas dire que sa volonté est régie, soit par la loi personnelle, soit par la loi réelle; est-il capable de tester, sa volonté sera souveraine et aura effet partout. Il en est de même du changement de volonté, de la révocation de tout ou partie des dispositions qu'il a faites ; c'est une volonté nouvelle, et, si c'est la dernière, elle l'emportera. On ne conçoit même pas de conflit en cette matière; il n'y a pas de loi qui déclare le testament irrévocable. Seulement dans l'ancien droit, comme je viens de le dire (n° 307), il y avait des coutumes qui permettaient au testateur d'ajouter une clause d'irrévocabilité aux testaments conjonctifs, afin de prévenir les difficultés que présentaient ces testaments, quand l'un des testateurs révoquait à l'insu de l'autre; j'y reviendrai. Le code Napoléon n'autorise pas cette clause, elle est en opposition avec l'essence du testament, tel qu'il est défini par l'article 896. Partant le légataire institué dans un pays, avec clause d'irrévocabilité, ne pourrait pas s'en prévaloir en France pour les biens qui y seraient situés. On ne peut pas dire que la révocabilité serait contraire au statut de la situation des biens, puisque ce n'est pas un statut réel; il faut dire que l'irrévocabilité est en opposition avec l'autonomie du testateur, qui est de l'essence du testament. Par la même raison,

l'autonomie du testateur français devrait être respectée dans le pays étranger dont la loi admettrait la clause d'irrévocabilité ; la révocation aurait effet quant aux biens qui y seraient situés, car l'irrévocabilité ne forme pas un statut réel dans le pays où elle est admise.

310. L'application du principe de la révocabilité donne lieu à des conflits entre le code Napoléon et le code italien qui établissent des principes différents. La révocation des dispositions testamentaires peut être expresse ou tacite. C'est l'application du droit commun. En effet, révoquer un testament, c'est manifester une volonté contraire à celle qui avait été exprimée dans le testament que l'on révoque. Or, la volonté peut se manifester d'une manière expresse, par une déclaration soit verbale, soit écrite, ou tacitement par un fait (C. Nap., art. 1035-1038). Mais le code civil déroge aux principes généraux en ce qui concerne la révocation expresse. D'après le droit commun, la volonté ne doit pas se manifester par écrit, et moins encore par un acte authentique, tandis que le code veut que la volonté de révoquer un testament soit exprimée par un acte notarié ou par un nouveau testament. Il n'y a pas de bonne raison de cette disposition ; si la révocation tacite est valable, on ne voit pas pourquoi un acte authentique est nécessaire pour la révocation expresse. Cela est contradictoire. La révocation pouvant être tacite, il en résulte qu'elle n'est pas un acte solennel, et cependant la révocation expresse est un acte solennel ; elle n'existe que lorsqu'elle a été faite dans les formes prescrites par la loi (1).

Le code d'Italie ne dit rien de la révocation expresse ; elle reste donc sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'elle peut se faire soit verbalement, soit par écrit, et l'écrit peut être un acte sous seing privé : c'est une question de preuve. Les principes du droit français et du droit italien sont donc tout différents, en ce qui concerne la révocation expresse. Un Français pourrait-il révoquer son testament en Italie par un acte sous seing privé ? Dans l'opinion que j'ai enseignée sur les actes solennels,

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIV, p. 190, n° 176 et 177.

il faut répondre négativement. Un acte solennel n'existe que lorsqu'il a été reçu dans la forme légale, c'est-à-dire, dans l'espèce, par un acte notarié ou par un testament; la seule chose qui soit abandonnée à la loi territoriale, c'est la forme du testament ou la forme de l'authenticité. Un Italien pourrait-il révoquer son testament en France par une déclaration verbale ou par un acte sous seing privé qui ne serait pas un testament? D'après le droit italien, la révocation n'est pas un acte solennel, c'est une simple expression de volonté; il faut donc appliquer à l'étranger les principes qui régissent l'expression de volonté; partant les règles de droit commun. La loi territoriale ne peut transformer en acte solennel une révocation qui, d'après la loi italienne, n'a rien de solennel. Objectera-t-on que la forme, solennelle ou non, dépend du statut réel? J'ai répondu d'avance à l'objection; la révocation d'un testament est un acte de volonté, et, à ce titre, elle dépend de l'autonomie du testateur, ce qui exclut la théorie des statuts. Reste la question de la preuve; or, celle-ci n'a rien de commun avec la solennité, qui est une condition requise pour l'existence d'un acte juridique. C'est la loi nationale qui décide si un acte est solennel ou non; or, la révocation, d'après le code d'Italie, n'est pas un acte solennel, donc la question n'est qu'une difficulté de preuve, et celle-ci se fait d'après le droit commun; par témoins et par présomptions, s'il y a lieu; ou par écrit, soit authentique ou sous seing privé. Pour les formes de l'écrit, on suivra les lois locales; sauf que l'écrit sous seing privé se rapportant, dans l'espèce, à un acte unilatéral, où le testateur seul figure, et qui ne doit pas même mentionner le lieu où il a été reçu, le testateur est libre de le dresser dans les formes établies par sa loi nationale. Je renvoie, quant au principe, à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes, sur l'adage *Locus regit actum* (1).

311. Le code italien admet un mode de révocation que le code Napoléon ne mentionne pas. Aux termes de l'article 888, « les dispositions faites à titre universel ou à

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 448, n° 247.

titre particulier par celui qui, lors du testament, n'avait pas d'enfants ou de descendants, ou ignorait qu'il en avait, sont révoqués de droit par l'existence ou la survenance au testateur d'un enfant ou descendant légitime, même posthume, légitimé ou adoptif (1). »

La question de savoir si les legs sont révoqués, en droit français, par survenance d'enfants, est controversée. A mon avis, la négative est certaine. Pour qu'il y ait révocation d'un testament, il faut, d'après le code Napoléon, une déclaration de volonté, expresse ou tacite. Or, quand la loi prononce la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants, le donateur n'exprime aucune volonté de révoquer ; il faut dire plus, il n'en a pas le droit, puisque la donation est essentiellement irrévocable. L'article 960 contient donc une disposition exceptionnelle, en ce sens que c'est la loi qui révoque ; à ce titre, elle est de la plus rigoureuse interprétation. Il n'y avait pas lieu de l'étendre aux testaments, puisque les dispositions testamentaires sont révocables de leur essence ; lorsqu'il survient un enfant au testateur, il ne tient qu'à lui de révoquer le legs qu'il a fait ; un testament d'une ligne suffit pour cela ; s'il ne le révoque pas, c'est qu'il veut le maintenir ; et pourquoi le législateur révoquerait-il de plein droit des libéralités que le testateur ne veut pas révoquer ? Je n'insiste pas, parce que j'ai discuté la question dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (2).

L'adoption que le code italien admet comme cause de révocation ne révoque pas non plus, en droit français, les libéralités testamentaires, pas plus que les libéralités entre-vifs. Si la loi révoque les donations quand il survient un enfant au donateur, c'est qu'elle présume qu'il n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il aurait le bonheur d'être père. Qu'est-ce que le sentiment profond de la paternité a de commun avec la fiction de l'adoption (3) ?

(1) Le code de la Louisiane contient une disposition analogue (art. 1698).

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 271, n° 246.

(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 273, n° 247.

Il y a donc conflit entre la législation italienne et la législation française. On demande si la survenance d'un enfant au testateur italien révoquera de plein droit ses dispositions testamentaires quant aux biens situés en France. Je le crois ; le législateur italien suppose que le testateur n'aurait pas fait de legs s'il avait prévu qu'il serait père ; cette volonté présumée doit avoir son effet partout aussi bien que la volonté expresse. Vainement invoquerait-on le statut de la situation des biens ; le statut réel est hors de cause ; c'est la volonté du testateur, telle que la loi la présume, qui décide, et cette volonté est indépendante de la situation des biens. La réalité conduirait ici comme toujours, quand il s'agit d'une question d'intention et surtout d'affection présumée, à des conséquences absurdes. On suppose que le testateur italien possède des biens en Italie et en France ; il lui survient un enfant. Ce bonheur inespéré est une cause de révocation à raison de l'amour paternel qui fait disparaître toute autre affection qu'il aurait pu avoir. Dans le système de la réalité, il faut dire que l'amour du père pour l'enfant que Dieu lui envoie est déterminé par la situation des biens ; il préfère son enfant au légataire, pour les biens situés en Italie, tandis qu'il préfère le légataire à son enfant, pour les biens situés en France, ce qui revient à dire qu'il aime ou n'aime pas son enfant, selon la situation des biens. Est-ce assez d'absurdité ?

Il faut décider dans le même sens la question de savoir si le testament fait par un Français est révoqué de plein droit, pour cause de survenance d'enfants, quant aux biens situés en Italie. La négative me paraît certaine. J'écarte la théorie des statuts ; il ne s'agit, dans l'espèce, ni d'état, ni de capacité, ni de la situation des biens ; il s'agit de la volonté du testateur ; s'il veut révoquer le legs qu'il a fait alors qu'il n'avait pas le bonheur d'être père, il est libre de le faire, et sa volonté aura effet partout ; s'il ne le révoque pas, il a la volonté de maintenir sa libéralité, et cette volonté doit également avoir effet partout. La volonté est indivisible, à moins que le testateur ne manifeste la volonté de révoquer sa libéralité pour une partie, pour les

biens situés en Italie ou en France, selon leur importance et selon les circonstances du fait. En tout cas, c'est de la volonté que viendra la décision, donc cela dépend de l'autonomie et non du statut personnel ou réel.

312. Le code de la Louisiane contient une disposition analogue à celle du code italien. Un conflit en est résulté entre la loi américaine et la loi française. Un Français naturalisé aux Etats-Unis en 1838 et établi à la Louisiane légua, par testament du 18 juin 1849, une somme de 5,000 piastres à une demoiselle française. Il revint en France, mais sans abdiquer sa nationalité américaine, s'y maria et y mourut. Deux enfants étaient nés de son mariage. Leur naissance avait-elle révoqué le testament antérieur? La question s'est présentée devant la cour de Bordeaux; l'article 1698 du code de la Louisiane prononce la caducité du testament, pour survenance d'enfants; il eût mieux valu dire la révocation, mais peu importe; cette disposition devait-elle recevoir son application à l'espèce? Oui, dit la cour, car le testateur était domicilié à la Louisiane, le testament y avait été dressé, et les biens y étaient situés. Ces trois motifs ne me paraissent pas déterminants. Le domicile que le testateur avait lors de la confection du testament impliquait-il qu'il se soumettait à la loi de la Louisiane? C'est une question de volonté et non de statut. Il fallait donc examiner quelle était la volonté probable du testateur. Dépend-elle de son domicile ou de sa nationalité? Ni de l'un, ni de l'autre, à mon avis, puisque l'intention du testateur est une question de fait. Le domicile, invoqué par la cour, présentait encore une autre difficulté; le testateur avait changé de domicile, il s'était établi en France, il y avait contracté mariage. Ce nouveau domicile avait-il entraîné un changement de volonté? La difficulté ne se présente point, si l'on s'attache à la nationalité, le testateur ayant conservé la nationalité américaine; à ce point de vue, on pouvait soutenir, comme la cour l'a décidé, en se fondant sur la volonté probable du défunt, qu'il avait fait un legs révocable de plein droit en cas de survenance d'enfants. Quant au lieu où les biens étaient situés, et où le testateur avait

dressé son testament, ces circonstances étaient indifférentes, la volonté n'étant pas déterminée par la situation des biens, ni, en matière de testament, par le lieu où le testateur dispose (n° 304.)

La cour de Bordeaux invoque encore les principes du droit romain, d'après lesquels les effets des contrats pour les causes accessoires, rescisoires ou *révocatoires* sont réglés par la loi du lieu où les actes ont été passés, parce que les parties contractantes sont présumées s'en être remises à cette loi. Je reviendrai sur cette présomption en traitant des obligations conventionnelles. Dans l'espèce, il s'agissait d'un testament. La cour dit que le principe romain est à plus forte raison applicable aux dispositions testamentaires quand le testateur est domicilié dans le lieu où le testament a été fait; car ce qui prévaut dans un testament, c'est la volonté du disposant ; or, il ne peut raisonnablement vouloir soumettre ses dernières volontés qu'à la loi qui le régit. Est-ce bien la loi du *domicile* qui régit le testateur, ou n'est-ce pas plutôt la loi nationale? Dans l'espèce, le domicile se confondait avec la nationalité, mais il peut se faire que le domicile et la nationalité diffèrent, et, dans ce cas, ce n'est pas au domicile, mais bien à la nationalité qu'il faut s'attacher, à moins que la loi territoriale ne soit d'intérêt public, ce qui ne s'applique pas à la révocation des dispositions testamentaires, laquelle dépend uniquement de la volonté du testateur. C'est à cette volonté seule que la cour aurait dû s'attacher pour démontrer que le testateur avait entendu faire un legs subordonné à la révocation en cas de survenance d'enfants, et je ne vois d'autre raison de décider, dans l'espèce, que la nationalité du disposant (1).

313. Le code Napoléon traite, dans la même section, de la *révocation* des testaments et de leur *caducité*. Les principes diffèrent, la révocation dépendant de la volonté du testateur, tandis que la caducité résulte d'un fait indépendant de sa volonté. Il y a un cas de caducité sur lequel

(1) Bordeaux, 5 août 1872 (Clunet, *Journal de droit international privé*, 1874, p. 183.)

la législation française diffère de la législation italienne. L'article 1039 décide, en termes absolus, que « toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. » Pourquoi, en cas de prédécés du légataire, ses héritiers ne profitent-ils pas du legs? C'est à la personne du légataire que les legs s'adressent, par des considérations qui lui sont essentiellement personnelles; donc les héritiers ne sont point légataires. D'un autre côté, le légataire ne peut rien transmettre à ses héritiers, car, pendant la vie du testateur, il n'y a point de legs, la disposition pouvant être révoquée d'un instant à l'autre. En droit, cela est décisif. Mais en équité, et au point de vue de l'intention du testateur, on a fait bien des objections. Le legs s'adresse au légataire, sans doute, mais ses héritiers en profitent, et l'intention du testateur ne peut-elle pas être qu'ils en profitent en cas de prédécès de leur auteur? Cela est vrai, mais si telle est son intention, il doit l'exprimer en substituant les héritiers au légataire. On a soutenu que les héritiers peuvent être admis à prendre la place de leur père, en vertu de la volonté tacite du testateur; et la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, par des raisons d'équité plutôt que de droit. Il n'y a pas de legs tacite. Dire, comme le fait une cour, que le testateur était animé au plus haut degré de l'esprit de famille, et en induire qu'il a entendu léguer aux enfants, en cas de prédécès du légataire, c'est disposer au nom du testateur : les tribunaux n'ont pas ce droit-là. Vainement les cours invoquent-elles l'affection du testateur pour les enfants du légataire prédécédé ; je réponds, et la réponse me paraît péremptoire, qu'il dépendait du disposant de les substituer à leur père ; il dépendait encore de lui, après la mort du légataire, d'ajouter une disposition à son testament en faveur des enfants. Dans le silence du testateur, il ne peut être question de ses volontés (1).

Le législateur italien a tenu compte des considérations

(1) Voyez les arrêts cités dans mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 553 et suiv., n° 503.

d'équité qui ont entraîné la jurisprudence. Je transcris l'article 890 : « Toute disposition testamentaire est sans effet si celui en faveur duquel elle a été faite n'a pas survécu au testateur, ou est incapable. Cependant, les descendants du légataire prédécédé ou incapable participent à l'hérédité ou au legs, dans les cas où la représentation serait admise à leur profit, s'il s'agissait de succession *ab intestat*, à moins que le testateur n'ait disposé autrement, ou qu'il ne s'agisse de legs d'usufruit ou d'un autre droit personnel de sa nature ? » Quel est le caractère de cette disposition ? Est-ce un statut personnel ? Il est certain que, dans l'esprit du code italien, l'article 890 doit avoir effet sur les biens situés en France ou ailleurs, hors du territoire d'Italie. La raison en est que la loi établit une présomption de volonté, ou, si l'on veut, elle interprète la volonté du testateur dans l'intérêt des enfants du légataire ; dès lors cette interprétation, très naturelle du reste, doit avoir effet partout. Si l'on réputait le statut réel, on aboutirait encore une fois à des conséquences absurdes : le testateur serait présumé avoir pour les descendants du légataire la même affection qu'il avait pour leur père, quant aux biens situés en Italie, tandis qu'il les exclurait des biens situés en France : les aimant ici, ne les aimant pas là, et cette affection capricieuse étant déterminée par la situation des biens. A vrai dire, la décision de la difficulté ne dépend pas du statut ; là où la volonté du testateur est en cause, il n'est pas question de statut, ni personnel, ni réel ; or, l'article 890 est fondé sur la volonté probable du défunt ; en effet, la loi lui permet de manifester une volonté contraire, s'il n'a pas exprimé la volonté que le legs soit personnel au légataire, cela prouvera qu'il a entendu gratifier les enfants de son légataire, et cette volonté a effet partout, comme toutes disposition fondée sur l'autonomie des disposants.

Si un Français fait un legs, fût-ce à un proche parent, à un père, dont les enfants et descendants jouissent du bénéfice de représentation, le legs ne passerait point aux descendants du légataire, si celui-ci venait à prédécéder ; il en serait ainsi pour les biens situés en Italie. Ce n'est

pas une question de statut, mais de volonté. Le testateur n'appelle que le légataire, il n'appelle pas ses enfants ; et sa volonté est souveraine. Cela est décisif.

N° 3. DU TESTAMENT CONJONCTIF.

314. En apparence, le testament conjonctif n'a rien de commun avec la révocabilité du testament. L'article 968, qui en parle, est placé dans la section qui traite des règles générales sur la forme des testaments; il est ainsi conçu : « Un testament ne pourra être fait dans un même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque ou mutuelle. » On pourrait croire que cette disposition concerne la forme des dispositions testamentaires. Il n'en est rien; les formes sont les mêmes pour les testaments conjonctifs et pour les testaments où ne figure qu'un seul testateur; la présence de deux testateurs n'a donc rien de commun avec les formes dans lesquelles les actes de dernière volonté doivent être reçus. Les motifs pour lesquels les testaments conjonctifs sont prohibés par le code Napoléon ne sont pas tout à fait certains. Pothier dit et Troplong répète que la loi a voulu assurer la liberté des testateurs, afin qu'ils ne soient pas exposés aux suggestions de la personne avec laquelle ils feraient conjointement leur testament. La raison est mauvaise; la captation est toujours à craindre, que le testament soit conjonctif ou non. La vraie raison pour laquelle l'ordonnance de 1735 et, à sa suite, le code civil ont prohibé les testaments conjonctifs est que les dispositions faites dans cette forme sont le résultat d'une convention entre les testateurs, de sorte que les unes semblent être la condition des autres. Cela n'empêche pas les testaments d'être révocables; la clause d'irrévocabilité, jadis usitée dans quelques coutumes, serait nulle. Quel sera l'effet de la révocation faite par l'un des testateurs ? Entraînera-t-elle la révocation de l'autre testament ? Faut-il que celui qui révoque en avertisse l'autre ? La plus grande divergence régnait sur ces questions avant l'ordonnance de 1735. L'ordonnance mit fin à ces controverses en pro-

hibant les testaments conjonctifs, qui étaient une source de procès, sans présenter aucune utilité. C'est ce que dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs : « Il fallait éviter de faire renaître la diversité de jurisprudence qui avait eu lieu sur la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs, le testament pouvait être *révoqué* par le survivant. Permettre de le *révoquer*, c'est violer la *réciprocité*. Le déclarer *irrévocable*, c'est changer la nature du testament qui, dans ce cas, n'est plus réellement un acte de *dernière volonté*. Il fallait interdire une forme incompatible soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. »

315. Le code civil contient encore une autre disposition qui se rapporte au même ordre d'idées. Aux termes de l'article 1097, les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. L'article 1097 applique aux libéralités que les époux se font entre eux la disposition de l'article 968 qui prohibe les testaments conjonctifs. Je viens de dire que la loi les défend à raison de la révocabilité des dispositions testamentaires ; elle devait donc étendre la prohibition aux donations entre époux qui sont également révocables par la seule volonté du donateur. C'est pour prévenir les contestations auxquelles auraient donné lieu les donations conjonctives entre époux que le législateur les interdit ; tous les interprètes du code civil sont d'accord sur ce point (1).

316. Quelle est la nature du statut qui prohibe les testaments conjonctifs et les libéralités conjonctives entre époux ? Il y a des lois étrangères qui permettent de faire un testament conjonctif : tel est le code de l'île de Malte (2). De là l'intérêt de la question de savoir si le statut est réel ou personnel. Il y a une remarque préliminaire à faire, c'est que les articles 968 et 1097 du code Napoléon contiennent une seule et même disposition, fondée sur le même

(1) Duranton, *Cours de droit civil*, t. IX, p. 779, n° 773.
(2) *Code de Malte*, livre IV, chap. Ier, art. 23 (*Recueil d'Anthoine de Saint-Joseph*, t. II, p. 592).

motif: la révocabilité des libéralités testamentaires et de celles qui se font entre époux. De là suit que le caractère de la loi, dans les deux hypothèses, est le même. On lit dans l'ouvrage de M. Brocher que « l'article 968 *semble* appartenir au statut *réel*, en tant que réglementant d'une manière générale un des procédés au moyen desquels on peut modifier la succession légale, le testament ». Il est vrai que l'article 968 est placé, dans le code français, parmi les règles générales sur la *forme* des testaments, mais il n'est pas exact de dire qu'il réglemente d'une *manière générale* le *testament* en tant qu'il *modifie la succession légale.* L'article 968 n'a rien de commun avec la succession légale, car rien n'empêche ceux qui voudraient tester l'un au profit de l'autre, par conséquent, en modifiant l'ordre légal des successions, de le faire par testaments séparés; la prohibition du testament conjonctif est fondée uniquement sur la révocabilité des dispositions testamentaires (n° 314) ; or, cette révocabilité n'est pas un statut proprement dit, c'est l'exercice de l'autonomie qui appartient au testateur ; le code déroge à cette autonomie, en ce sens seulement que les deux testateurs doivent faire leurs dispositions par actes séparés, au lieu de les faire par un seul et même acte. Cette restriction ne concerne ni la capacité, ni les biens, car les testateurs restent capables de tester, et ils peuvent disposer de leurs biens comme ils l'entendent, pourvu qu'ils fassent des actes séparés. Il n'y a donc, dans l'espèce, ni statut personnel, ni statut réel, c'est uniquement une restriction apportée à l'autonomie, dans le but de prévenir les difficultés et les contestations. C'est donc toujours de la volonté du testateur qu'il s'agit, mais de la volonté modifiée; partant il faut appliquer, dans l'espèce, ce que j'ai dit de la faculté de révoquer le testament ; elle dépend de l'autonomie, donc elle a effet partout ; il en est de même de la volonté modifiée, dans le cas de l'article 968. La loi dit aux testateurs : Vous pouvez tester comme vous voulez, et révoquer votre testament comme vous le voulez, mais vous ne pouvez pas tester par testament réciproque ; cette restriction s'applique aux biens que vous possédez à l'étranger, comme pour

ceux que vous possédez en France. Dire que ce statut est réel conduit encore une fois à des conséquences absurdes. Le testament réciproque sera nul en France, afin de prévenir les difficultés et les contestations résultant de la révocation. Ces mêmes difficultés, ces mêmes contestations se présenteront, à l'étranger, dans le pays où sont situés les biens des disposants, précisément parce que la loi territoriale admet les testaments conjonctifs ; et malgré cela on donnerait effet au testament conjonctif fait en France pour les biens situés en pays étranger ! Avouons que cela n'aurait pas de sens.

Quant à l'article 1097, M. Brocher déclare que le statut est personnel (1). Comment une seule et même disposition peut-elle être tout ensemble réelle et personnelle : réelle quand il s'agit d'un testament conjonctif entre parents ou étrangers, personnelle quand le testament ou la donation révocable se font entre époux ? Car l'article 1097 mentionne aussi le testament qu'un époux fait au profit de son conjoint. Je cherche en vain les motifs qui expliquent cette différence. Comme M. Brocher entend par statut personnel celui qui règle l'état et la capacité ou l'incapacité des personnes, il en conclut sans doute que la disposition de l'article 1097 tient à l'état des époux, d'où résulterait une incapacité de disposer par testament ou par donation conjonctifs. Mais le texte même du code contredit cette explication ; il n'établit aucune incapacité de disposer entre époux ; ils sont, au contraire, capables ; ils peuvent se faire des libéralités par testament, sans restriction aucune, quand ils le font par actes séparés ; ils peuvent encore se donner entre-vifs, seulement la donation sera révocable, et, à raison de cette révocabilité, elle ne peut être conjonctive. C'est donc uniquement à raison de la révocabilité de la disposition que le code civil défend de la faire par un seul acte. Qu'est-ce que cela a de commun avec la capacité des époux ?

317. M. Antoine rapporte également l'article 1097 au statut personnel, c'est-à-dire, dans son système, à la

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 271, n° 103.

loi nationale (1). C'est une conséquence du principe qu'il suit dans toute sa dissertation, à savoir que le statut des successions est personnel. En théorie, il a raison, mais il a tort d'appliquer le principe d'une manière absolue. Quand on dit que le statut des successions est personnel, cela suppose que la loi concerne la disposition ou la distribution des biens ; mais quand il s'agit de la volonté des parties contractantes, il faut écarter la théorie des statuts, car la volonté relève de l'autonomie ; or, telle est bien la disposition du code qui reconnaît aux époux la faculté de s'avantager, avec la restriction que les libéralités mutuelles ne peuvent se faire par un seul acte. Si l'auteur de la dissertation rapporte cette restriction au statut personnel ou national, c'est parce qu'elle touche immédiatement à l'*indépendance* de la *personne* et, par conséquent, à la *liberté* du *consentement*. J'ai répondu d'avance à cette explication des articles 968 et 1097 ; les testateurs et donateurs sont libres de se faire des libéralités mutuelles, leur indépendance reste entière, pourvu qu'ils disposent par des actes distincts ; la liberté du consentement est hors de cause. Qu'on relise les paroles de l'orateur du gouvernement qui a exposé les motifs du titre des Donations et Testaments : elles sont décisives ; le législateur a voulu prévenir les difficultés et les contestations auxquelles donnaient lieu, dans l'ancien droit, les dispositions conjonctives ; cela est absolument étranger à l'état des personnes et à leur capacité.

318. L'application des articles 968 et 1097 a donné lieu à de nouveaux dissentiments. On demande si deux Français peuvent faire un testament conjonctif en pays étranger, quand la loi du pays où ils testent autorise les libéralités mutuelles dans un même acte. Le cas s'est présenté pour un testament fait à Batavia et pour un testament fait en Espagne. Les cours de Caen et de Toulouse se sont prononcées pour la validité de l'acte. Nous allons entendre les motifs qu'elles donnent ; ils sont d'une faiblesse extrême. Dans l'espèce jugée par la cour

(1) Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire*, dans le *Droit international privé*, p. 101, n° 96.

de Caen, le testament entre Français avait été dressé à Batavia, et il était constant que les lois en vigueur dans la colonie ne prohibaient pas le testament conjonctif. Restait à savoir si l'article 968 du code Napoléon était applicable. La cour décide que cette disposition ne concerne que la forme. Il faut distinguer, dit-elle, ce qui tient à la forme probante de l'acte d'avec ce qui est relatif à la capacité requise pour le faire. Quant aux formalités, il est de règle que l'on ne doit observer d'autre loi que celle du lieu où l'acte est passé; il suit de là que les Français peuvent tester à Batavia, par acte conjonctif; c'est l'application du principe *Locus regit actum*, que l'article 999 consacre formellement quant aux testaments par acte authentique (1). L'interprétation que la cour donne à l'article 968 me paraît erronée. Il est vrai que cet article se trouve dans la section intitulée: « Des règles sur la *forme* des *testaments* », mais cela ne prouve pas qu'il soit relatif à une formalité proprement dite, dans le sens de l'adage traditionnel invoqué par la cour: la classification du code n'est pas une loi et ne décide rien. Il faut voir d'abord quelle est la signification de l'adage; il concerne les formes extrinsèques ou instrumentaires, qui ont pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties; est-ce que l'article 968 a pour objet de garantir les testateurs contre les obsessions, les suggestions ou les captations qui les assiégent? J'ai répondu d'avance en citant les paroles de Bigot-Préameneu; il dit que le législateur a voulu prévenir les contestations auxquelles les testaments conjonctifs avaient donné lieu dans l'ancienne jurisprudence. Ces motifs n'ont rien de commun avec l'adage *Locus regit actum*. Donc, il faut écarter l'article 999.

La cour de Toulouse a également invoqué la règle qui déclare les actes valables quand ils ont été reçus dans les formes prescrites par la loi du pays où ils ont été passés; ce qu'elle dit de l'adage traditionnel est très juste, mais ne reçoit aucune application dans l'espèce, puisqu'il ne s'agit pas de formes extrinsèques dans l'article 968. Qu'im-

(1) Caen, 22 mai 1850 (Sirey, 1852, 2, 566).

porte alors la bonne foi des parties intéressées? Si elles ont été induites en erreur par l'officier public, elles auront contre lui une action en dommages-intérêts, mais leur bonne foi n'empêchera pas l'acte d'être nul. Dans l'espèce, le testament conjonctif et mutuel avait été fait par deux époux, et reçu par un notaire de Madrid : il s'agissait de savoir si l'article 968 était applicable. La cour a raison de dire que cet article ne décide pas une question de capacité, puisque les époux restent capables de s'avantager ; il était certain également que les époux agissaient de bonne foi, et qu'ils avaient abandonné au notaire le soin de rédiger leurs volontés dans les formes légales ; c'est le notaire qui s'était trompé, et, malgré sa bonne foi, il encourait la responsabilité qui incombe aux officiers publics qui, par leur ignorance, causent un préjudice aux parties dont ils reçoivent les actes. La cour ajoute une autre considération, c'est que la forme conjonctive du testament ne viole ni le statut personnel des parties, ni le statut réel français. Cela est vrai, car la capacité des parties qui relève du statut n'était pas en cause, et la loi n'avait pas en vue les biens, ni leur conservation dans la famille. Tout cela est évident. Il n'en est pas de même de ce que la cour ajoute : que la prohibition des articles 968 et 1097 n'intéresse pas *assez directement* l'ordre public pour que des époux français doivent s'y soumettre dans un pays étranger où elle n'est pas admise, sous peine de voir annuler, par les tribunaux français, le testament qu'ils ont fait loyalement sous la foi d'un officier public (1). Ici est l'erreur, à mon avis. La cour avoue que l'ordre public est intéressé à la prohibition des testaments conjonctifs ; en effet, elle tend à prévenir les contestations et les procès, ainsi que la diversité de jurisprudence ; cela suffit pour que les Français ne puissent pas y déroger à l'étranger pas plus qu'en France ; l'ordre public n'a pas de degrés de plus ou de moins ; dès qu'il est blessé, le juge doit prononcer la nullité.

319. D'excellents auteurs ont approuvé la jurispru-

(1) Toulouse, 11 mai 1850 (Sirey, 1850, 2, 529).

dence que je me permets de critiquer (1). Il est inutile de renouveler le débat. Si l'on admet, comme le code lui-même semble le dire, que le testament conjonctif est prohibé à raison de la forme de l'acte, les auteurs et les arrêts ont raison d'en conclure que la validité de l'acte dépend de la loi locale. Mais, dans cette opinion, on se met en opposition avec les auteurs mêmes du code, avec la tradition et avec les motifs sur lesquels se fonde l'adage qui subordonne la validité des actes à la loi du lieu où ils ont été passés. L'incertitude qui règne sur le sens et la portée de cet adage réagit sur la question que je discute. Ce qu'il y a de plus affligeant dans cette mer de doutes, c'est que les auteurs sont inconséquents à leur propre principe. M. Brocher reconnaît que les articles 968 et 1097 se rattachent directement au fond de la disposition, et non à la forme; et après avoir dit que l'article 968 est un statut réel et l'article 1097 un statut personnel, il finit par enseigner que l'on ne peut faire complètement abstraction de la circonstance que ces dispositions se rapportent à la forme, bien qu'elles dérivent du fond, et il estime que l'on ne pourrait frapper de nullité des testaments conjonctifs, quand ils sont intervenus dans un pays où la loi ne les prohibe pas. Notre science demande plus de rigueur; le droit cesse d'être une science quand l'interprète se laisse aller à des considérations de bonne foi et d'équité dont le législateur seul peut tenir compte.

Pour achever ce tableau de l'incertitude qui règne encore dans notre science, il me faudrait combattre les auteurs dont je partage l'opinion, mais qui, à mon avis, donnent de mauvaises raisons à l'appui d'une bonne cause; mais comme je l'ai fait ailleurs, je préfère renvoyer à mes *Principes de droit civil*, dans lesquels j'ai essayé de mettre la rigueur que je crois nécessaire à la science du droit (2).

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, d'après Zachariæ, t. V, p. 495 et note *b* Coin-Delisle. *Commentaire*, p. 328, n° 5, de l'article 968.
(2) Voyez mes *Principes*, t. XIII, p. 155, n° 145.

§ III. — *Des dispositions d'ordre public.*

N° 1. LES PRIVILÉGES.

320. Argou, dans ses *Institutions au droit français*, traite, dans le même chapitre, du droit d'aînesse et de la succession aux fiefs. Ces matières, dit-il, ont tant de rapport entre elles qu'il n'a pas voulu les séparer. En effet, c'était principalement dans les fiefs que les aînés prenaient leur droit d'aînesse, qui n'est autre chose qu'une portion plus avantageuse que celle des autres héritiers. Chabot remarque, dans son rapport sur le titre des *Successions*, que les lois ignoraient le droit d'aînesse jusqu'à l'avénement de la troisième race, celle des Capétiens : c'est l'époque à laquelle le régime féodal s'établit, et avec la féodalité, le privilége des aînés mâles. C'était moins un privilége qu'une nécessité politique. Le possesseur du fief était un souverain : chaque baron, dit Beaumanoir, est roi dans sa baronnie. Il s'agissait donc de savoir, après le décès du baron, si la souveraineté serait divisée. Les rois partageaient leurs royaumes comme on partage une ferme ; on voit encore de ces partages sous les descendants de Charlemagne. Si l'on avait partagé les fiefs, petites souverainetés limitées souvent à l'horizon de la vallée, la puissance des seigneurs féodaux se serait morcelée à l'infini, c'est-à-dire qu'elle eût cessé d'exister. Le fils aîné devait succéder au fief, comme aujourd'hui le fils aîné du roi succède à son père, afin de maintenir l'indivisibilité de la souveraineté. Quand la féodalité politique succomba sous les attaques de la royauté, la féodalité civile lui survécut. La monarchie maintint, à titre de privilége, les droits des fils aînés, afin de consolider l'aristocratie, que l'on considérait comme la base du régime monarchique. A l'imitation de la noblesse, dit Chabot, les roturiers firent aussi des avantages considérables aux aînés pour relever leurs familles. Cette vanité nobiliaire, que le rapporteur du Tribunat trouve ridicule, est de l'essence des monarchies. Depuis que les

rois s'en vont, comme dit Chateaubriand, ces priviléges n'ont plus de raison d'être.

L'exclusion des filles, ou, ce qui revenait au même, la renonciation qu'on leur arrachait dans leur contrat de mariage, a la même origine et le même caractère. C'était encore une nécessité politique, et la plus légitime de toutes, la nécessité de la défense nationale. Sous la féodalité, et déjà chez les Germains, la propriété imposait le service des armes; dans cet ordre de choses, les femmes devaient être exclues de la succession aux fiefs, puisqu'elles ne pouvaient pas remplir les obligations qui y étaient attachées. La voix de la nature fut plus forte que les exigences de la politique. De bonne heure, les filles furent admises à succéder aux fiefs, ce qui entraîna la dissolution de la féodalité. L'esprit nobiliaire, la vanité des familles en prirent la place; l'orgueil de l'aristocratie se communiqua aux roturiers. L'ancien droit reflétait les passions et les préjugés de l'état social; l'exclusion des filles jouissait d'une faveur marquée, ainsi que le droit d'aînesse. Lebrun prend la défense des priviléges qui nous paraissent aujourd'hui si odieux : « Les mâles, dit-il, sont l'appui d'une famille, en la perpétuant, au lieu que les femmes sont la fin de leur famille et le commencement d'une famille étrangère (1). »

Tel est aussi l'esprit des substitutions fidéicommissaires. Le chef de famille immobilisait son patrimoine; il le rendait inaliénable pour les générations futures, afin d'assurer la splendeur de sa maison contre la mobilité des passions humaines. Les substitutions se faisaient au profit de l'aîné, et se perpétuaient de génération en génération : elles semblaient donner à l'aristocratie la solidité et l'éternité du sol, dans lequel elle avait ses racines.

321. Quel était le caractère légal de ces priviléges? Formaient-ils un statut personnel ou un statut réel? Le mot de *priviléges* semble, au premier abord, rendre la question douteuse; il peut faire croire que le droit étant attaché à la personne, la loi qui le créait devait être personnelle.

(1) Lebrun, *Des Successions*, p. 174.

A vrai dire, le privilége n'avait pas sa raison d'être dans la personne; il avait ses racines dans le sol. C'est la terre qui était souveraine et qui donnait la souveraineté au possesseur du fief; on pouvait dire, à la lettre, du fief ce que Bourgoingne dit de la propriété immobilière : le sol attire à lui l'homme, ce qui conduit à la conséquence que tout était réel dans la constitution de la propriété féodale, même l'âge auquel le vassal prêtait hommage au seigneur suzerain. C'est sans doute ce caractère de la succession féodale qui a réagi sur toute hérédité immobilière, et qui a fait considérer comme essentiellement réelles toutes les lois qui règlent la transmission des biens aux héritiers du propriétaire. Pour les fiefs, cela était d'évidence. Je me borne à citer le témoignage de Denizart : « Lorsque, dans une succession, il se trouve des biens situés dans le ressort de diverses coutumes, l'aîné prend dans chacune les avantages que la loi lui défère, de même que s'il s'agissait de successions différentes. Si le père avait son domicile dans une coutume qui donne les meubles au fils aîné, et qu'il possédât des fiefs situés en d'autres coutumes, par exemple, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, l'aîné, en ce cas, aura les meubles, et en outre, un préciput et une portion avantageuse dans les fiefs situés dans chacune des deux dernières coutumes. La raison est que chaque coutume forme une loi indépendante de toutes les autres, qui régit à son gré les biens situés dans un autre territoire (1). » Cela est très logique, au point de vue du droit féodal. Mais au dix-huitième siècle, il n'y avait plus de féodalité politique, les seigneurs n'étaient plus des souverains, le droit d'aînesse avait pénétré dans les familles roturières; il n'avait d'autre objet que de maintenir la splendeur des familles ; n'en devait-on pas induire que l'aîné avait droit à sa portion avantageuse, partout, quelle que fût la situation des biens ? La splendeur de la famille pouvait-elle diminuer à raison de cette situation ? Il y a toujours une absurdité ou l'autre dans la réalité des statuts.

(1) Denizart, *Collection de décisions*, édition de Camus et Bayard, t. Ier, p. 39, § X, n° 1.

322. L'exclusion des filles était aussi réputée réelle. Les coutumes variaient beaucoup sous ce rapport; après avoir rapporté les dispositions diverses, Boullenois dit : « Nous observons d'abord que toutes ces dispositions légales et statutaires sont *pures réelles*. La raison en est qu'elles concernent les successions; que les biens qu'elles dirigent sont le matériel de ces dispositions, qu'elles les règlent directement et principalement. C'est peut-être ce qu'il y a en cette matière de plus certain entre nos auteurs. » Chose singulière, Boullenois ne dit rien du caractère essentiel des coutumes ou statuts qui excluaient les filles, il s'en tient au formalisme de la doctrine statutaire; mais l'exclusion des filles remontait à une époque où l'on ne savait pas ce que c'était que des statuts personnels et réels; ce sont des considérations politiques de défense d'abord, de souveraineté féodale ensuite, puis d'aristocratie nobiliaire et de préjugé monarchique, qui entraînèrent l'exclusion des filles, si contraire à la voix de la nature. Au dix-huitième siècle, toutes ces raisons avaient perdu de leur autorité, voilà pourquoi les légistes se contentaient de formules. Boullenois en donne des applications tout aussi mécaniques : « C'est par la raison de la *réalité* qu'une fille mariée en quelque coutume que ce soit, même en coutume d'égalité, quoique non dotée, est néanmoins excluse dans toutes les coutumes où la simple maritation suffit, parce que dans quelque coutume que la fille soit mariée, elle porte dans ces dernières coutumes, une qualité de mariée qui l'exclut nécessairement des successions. Mais la fille mariée, et non dotée, et celle même mariée et dotée, seront par la même raison admises dans les coutumes qui ne prononcent pas d'exclusion, quand même elle aurait été mariée dans une coutume d'exclusion, parce qu'une loi contraire au droit commun n'a de force que dans son territoire (1). » Cependant la réalité du statut de l'exclusion des filles est sujette à des objections très graves; un de nos meilleurs jurisconsultes, le président

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 295, 297 et 298.

Bouhier les fit valoir avec une grande force. J'ai déjà parlé de cette controverse célèbre (1); j'y reviendrai un instant, pour montrer tout ce qu'il y a d'irrationnel dans la doctrine des statuts réels appliquée à l'ordre des successions.

Ce qui prouve que la réalité du statut de l'exclusion des filles n'était pas aussi évidente que Boullenois semble le dire, ce sont les longues discussions auxquelles elle donna lieu; le débat s'ouvre avec les glossateurs, et il continue jusqu'au dix-huitième siècle, c'est-à-dire jusqu'à la révolution, qui y mit fin en abolissant cet odieux privilége qui dépouillait les faibles au profit des forts. Bouhier (2) dit à ce sujet : « La question sur la personnalité ou la réalité des lois qui concernent l'exclusion des successions paternelles et maternelles, ouvre un champ si vaste à la dispute, qu'il y aurait de quoi faire un gros volume de tout ce qui s'est écrit pour ou contre en cette matière. » La raison en est que l'exclusion n'était pas prononcée par les lois, elle résultait des mœurs et elle se fondait sur la renonciation expresse ou tacite que les filles faisaient en se mariant. En cas de renonciation expresse, il n'y avait que peu ou point de difficulté, dit Bouhier; il invoque le grand principe de Dumoulin, c'est que la convention s'étend sur toutes sortes de biens, quoique situés hors de la coutume du domicile des contractants ; pour mieux dire, c'était moins une question de statut que de volonté, et la volonté ne connaît pas les limites des territoires. En droit, cela est incontestable; on pourrait objecter que la volonté des filles était contrainte; chose singulière, personne ne faisait cette objection, parce que la renonciation était dans les mœurs, les filles ne la subissaient pas comme une violence morale, elles l'acceptaient.

La renonciation changeait-elle de caractère quand elle était tacite? En droit, non; c'est encore un principe que Dumoulin avait soutenu et fait prévaloir, en matière de communauté légale ou coutumière; la loi n'avait fait que formuler la volonté des parties contractantes, et la volonté

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 519, n° 359.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVI, nos 175-202 (Œuvres, t. Ier, p. 739 et suiv.).

ne changeait certes pas de nature pour être écrite dans la loi ou dans la coutume. Cependant presque tous les auteurs ainsi que les tribunaux s'accordaient à regarder comme réel le statut de renonciation tacite; Bouhier s'étonne que Dumoulin ait été partisan de cette opinion, lui qui le premier avait proposé la doctrine du consentement tacite. D'Argentré ne manqua point de lui reprocher cette contradiction et il en triomphait. Comment s'expliquer cette contrariété d'avis dans des questions identiques? N'était-ce pas le cri du cœur qui l'emportait sur la rigueur du droit? Vainement, Bouhier s'efforce-t-il de prouver que le statut qui exclut les filles n'a rien d'odieux, parce qu'il a pour objet la conservation des biens dans les familles : en supposant que le but soit légitime, il ne justifie pas le moyen qui consistait à dépouiller les filles, et il faut y ajouter les puînés. Non, la nature se révolte contre cette spoliation, et la nature vient de Dieu, elle finit toujours par l'emporter sur les préjugés et les erreurs de l'homme. La vérité est que l'exclusion des filles n'est ni personnelle ni réelle, c'est une iniquité sociale; en dépit des sacrifices que la politique imposait aux filles et aux puînés, pour maintenir la splendeur des grandes familles, elles s'écroulèrent sous les coups de la révolution avec la royauté.

323. La réalité du statut des substitutions est si évidente, qu'il ne vaut presque pas la peine d'en parler, bien entendu dans l'ordre d'idées qui dominait sous le vieux régime. C'était le complément du droit d'aînesse; il lui assurait l'éternité, autant qu'il est permis à l'homme de parler d'éternité. Le père de famille en donnant ou en léguant à son fils aîné ses biens, à charge par lui de les conserver et de les rendre à son fils aîné, et ainsi à l'infini, créait un ordre spécial de succession qui excluait entièrement l'ordre naturel, si bien établi par Domat, qui le fondait sur la volonté de Dieu même, car en nous appelant à la vie, il nous appelle aussi aux biens, qui sont l'accessoire de la vie. Les substitutions mettaient la volonté de l'homme au-dessus de la volonté de Dieu, elles lui permettaient d'enchaîner pour toujours l'ordre des

successions, en le subordonnant entièrement à l'orgueil aristocratique.

Si la volonté de l'homme dominait le temps, pourquoi ne lui permettait-on pas de dominer l'espace? Quoi! Il faisait la loi pour les générations à venir, pendant des siècles qui suivaient sa mort, et on ne lui permettait pas de dépasser les limites du territoire de sa coutume! C'était une nouvelle contradiction, en théorie; en fait, les substitutions étant universellement admises, le conflit entre les lois du territoire et la volonté de l'homme ne se présentait point. L'ordre des successions paraissait immobilisé pour toute la durée des familles.

324. La révolution vint mettre à néant cette audacieuse révolte contre la loi de Dieu. Il suffit d'une nuit d'enthousiasme pour détruire les derniers débris de la féodalité politique; la féodalité civile ne pouvait survivre à un ordre de choses qui confondait le droit privé et le droit public; la loi du 15 mars 1790 supprima les droits d'aînesse et de masculinité. La révolution sociale amena une révolution dans les lois civiles. C'est un homme de race noble, l'aîné d'une antique famille, Mirabeau qui réclama l'égalité complète dans les successions; on lit ces belles paroles dans le dernier discours que la mort l'empêcha de prononcer : « Que les Français donnent l'exemple et ne reçoivent la loi que de la *raison* et de la *nature*. Si la nature a établi l'égalité d'homme à homme, à plus forte raison de frère à frère (1). » L'Assemblée Nationale fit droit au vœu du grand révolutionnaire en portant la loi du 15 avril 1791, dont l'article 1er porte : « *Toute inégalité* ci-devant résultante, entre les héritiers *ab intestat*, des qualités d'*aînés* ou de puînés, de la distinction des *sexes*, ou des *exclusions* coutumières, est abolie... En conséquence les dispositions des coutumes ou statuts qui excluaient les filles ou leurs descendants du droit de succéder avec les mâles ou descendants des mâles, sont abrogées. »

Les auteurs du code civil consacrèrent la révolution qui

(1) *Moniteur* du 5 avril 1791 (*Discours de Mirabeau sur l'égalité des partages*).

s'était accomplie dans l'ordre civil, à la suite de la révolution politique. Treilhard remarque que, pour réformer le droit privé, il ne fallait rien moins qu'un de ces grands événements qui déracinent les empires, et changent la face du monde; il fallait qu'un grand peuple conspirât tout entier pour établir le règne de l'égalité sur la ruine des distinctions et des priviléges (1). La révolution civile était aussi une révolution morale. C'est une des faces les plus importantes de la révolution que je signale; il faut entendre Chabot, rapporteur du Tribunat, pour bien comprendre l'esprit de la législation révolutionnaire, qui est aussi celui du code civil. « L'orgueil féodal, dit-il, avait corrompu toutes les sources de la morale, il avait étouffé tous les sentiments de la nature; et cet orgueil, se communiquant aux roturiers, avait brisé dans toutes les classes du peuple tous les liens des familles. » Les lois qui violent la nature portent fatalement le trouble dans les relations de famille: c'était ruiner le sens moral jusque dans le foyer que Dieu lui a donné comme asile. La totalité des successions appartenait aux mâles, et parmi les mâles, les aînés emportaient presque tout, les puînés étaient traités à peu près comme les filles. Que devenaient les enfants déshérités? Le rapporteur du Tribunat répond qu'ils n'avaient le plus souvent d'autre ressource que de s'ensevelir dans les cloîtres, où ils gémissaient pendant leur vie, victimes innocentes de la barbarie des lois et de la dureté des parents. Quelles devaient être les relations de ces frères et de ces sœurs, qui se voyaient dépouillés des biens que Dieu même leur accordait en même temps que la vie? La discorde et la haine, dit Chabot, régnaient là où auraient dû régner l'amour et la paix (2). En rétablissant l'égalité dans la famille, la loi rétablissait la base de l'ordre moral.

325. Montesquieu explique très bien que les substitutions conservent les biens dans les familles et donnent à la noblesse une base aussi inébranlable que le sol. Les substitutions se liaient au droit d'aînesse et à l'ordre politique

(1) Treilhard, *Exposé des motifs* du titre *Des Successions*, n° 13 (Locré, t. V, p. 93).
(2) Chabot, *Rapport au Tribunat*, n° 24 (Locré, t. V, p. 113 et 114).

de l'ancien régime; c'est encore Montesquieu qui en fait la remarque. « Il est bon, dit-il, dans les monarchies, que le père laisse la plus grande partie de ses biens à l'aîné de ses enfants (1). » Toutes les raisons que l'illustre auteur de l'*Esprit des lois* avait données pour justifier les substitutions tournèrent contre cette institution aristocratique, après la révolution de 1789 : intimement liée avec l'ancienne constitution de la France, elle tomba avec la vieille monarchie. La loi du 14 novembre 1792 prohiba toutes substitutions; elles étaient si odieuses aux hommes de 1789, que le législateur donna un effet rétroactif à la loi de 1792. Napoléon et la Restauration essayèrent vainement de reconstituer la noblesse, avec ses majorats et ses substitutions. L'avenir est à la démocratie, les lois réactionnaires par lesquelles on a tenté d'arrêter le mouvement démocratique sont abrogées; il faut faire une place dans la société au flot qui va grossissant, si l'on ne veut pas qu'il déborde et qu'il détruise tout.

Les auteurs du code civil avaient bien d'autres raisons pour maintenir l'abolition des substitutions; il faut les connaître, pour apprécier la nature et le caractère des lois nouvelles. L'économie politique enseigne comme un axiome que la circulation des biens doit être libre de toute entrave : la liberté est favorable à ceux qui vendent comme à ceux qui achètent, et elle favorise la richesse générale en donnant aux possesseurs du sol le crédit que leur fortune doit leur assurer, et en transmettant les biens à ceux qui ont le plus d'aptitude pour les exploiter. Rien n'est donc plus contraire à l'intérêt général que les substitutions qui concentrent la plus grande partie du sol en quelques mains et le mettent hors du commerce. Les faits confirment les enseignements de la science; c'est depuis que les immenses domaines du clergé et de la noblesse sont entrés dans la circulation que la France a atteint ce degré de prospérité qui brave les révolutions et les calamités de la guerre. Les nobles, dissipateurs par nature, dégradaient les terres, pour se procurer les moyens de pourvoir à leurs

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre V, chap. IX.

folles dépenses; Bigot-Préameneu le dit de l'ancienne noblesse française (1), et les mêmes plaintes ont retenti en Angleterre. « Bien des fois, dit la *Revue d'Edimbourg*, nos cours d'équité ont présenté le spectacle révoltant d'un père, possesseur à vie de biens substitués en faveur de son fils, condamné, sur les poursuites de ce dernier, pour les avoir dévastés (2). »

Tout en dévastant les biens substitués, les nobles étaient toujours endettés. Qui payait les dettes? Les grevés transmettaient les biens aux institués, et ceux-ci renonçaient à la succession de leur père. Il en résultait que les créanciers de ces nobles débiteurs perdaient leurs créances; banqueroute honteuse d'un côté, et d'autre part faillites des marchands qui, comptant sur l'opulence apparente de leurs débiteurs, traitaient avec eux à crédit. Cependant ceux qui manquaient à un devoir d'honneur en refusant d'acquitter les dettes de leur père étaient des nobles, et à en croire Montesquieu, l'honneur et la noblesse étaient synonymes!

Au conseil d'Etat, le premier consul avoua que les substitutions étaient contraires aux bonnes mœurs. En effet, la moralité repose sur la famille, et que devient la famille dans le système des substitutions? Réal dit qu'il remplace dans le cœur du père l'amour de ses enfants par l'orgueil et la vanité. On prétendait que les substitutions conservaient les grandes maisons. Oui, dit Réal, mais elles détruisent la famille en sacrifiant tous les enfants à l'aîné, en réduisant les cadets à la pauvreté, en jetant entre frères et sœurs des ferments éternels de discorde et de haine (3)! Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs du titre des *Successions*, qu'il ne saurait y avoir un plus grand vice dans l'organisation des familles, que celui de tenir dans le néant tous ses membres, pour donner une grande existence à un seul, de réduire ceux que la nature a faits égaux à implorer les secours et la bienfaisance du

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs* du titre des *Successions*, n° 3 (Locré, t. V, p. 313).
(2) *Revue britannique*, 1826, t. Ier, p. 161.
(3) Séance du conseil d'Etat du 14 pluviôse an XI, nos 13 et 14 (Locré, t. V, p. 217).

possesseur d'un patrimoine qui devait être commun, et cet appui était presque toujours invoqué en vain. De là des discordes et des procès (1).

326. J'arrive à la conclusion de ces longues prémisses, et l'on va voir qu'elles ne sont peut-être pas assez longues. On demande quelle est la nature du statut qui a aboli tous les privilèges et toutes les successions privilégiées. Est-il réel, en ce sens qu'il est limité aux biens situés dans le territoire, de sorte qu'un Français pourrait, à la rigueur, jouir du droit d'aînesse en Angleterre, et y recueillir des biens substitués, tandis que les Anglais ne pourraient pas exercer en France les droits qu'ils tiennent d'une substitution, ni les Allemands ceux qui leur appartiennent en vertu d'un majorat? Et en supposant que, par sa nature, le droit de substitution soit un statut personnel, comme dépendant de la volonté du disposant, en faudrait-il conclure que le substitué serait admis à recueillir les biens substitués situés en France? ou pourrait-on l'écarter au nom de la loi territoriale, fondée sur le droit public, sur l'économie sociale et sur les bonnes mœurs? Mêmes questions pour la renonciation qu'une fille ferait en pays étranger à la succession de ses père et mère : cette renonciation, valable d'après son statut personnel, je le suppose, aurait-elle effet sur les biens situés en France? Je ne connais pas de questions plus difficiles dans notre science, qui abonde cependant en difficultés.

Il y a d'excellentes raisons en faveur de la réalité du statut français. Au point de vue du droit positif et de la tradition française, il n'y a pas même de doute. La cour de cassation de France a raison de dire que la réalité du statut de succession était un axiome dans l'ancien droit, or le code civil a maintenu la tradition des statuts, ce qui est décisif. La question a été décidée en ce sens par la cour de cassation (2), dans une affaire mémorable. La terre d'Aubigny, dans le Berry, fut inféodée par Charles VII, en 1422, à Jean Stuart, seigneur écossais. Cette inféoda-

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. V, p. 313).
(2) Cassation, 24 juin 1839 (Sirey, 1839, 1, 577).

tion devenue caduque par l'extinction de la race masculine de Jean Stuart, en 1672, fut renouvelée l'année suivante par Louis XIV, en faveur de la duchesse de Portsmouth, dame française, née de Quéroël, « pour en jouir par elle, et après son décès, par celui des fils naturels du roi de la Grande-Bretagne qu'il désignerait, et les descendants mâles en droite ligne de ce fils naturel ». Charles II, roi d'Angleterre, désigna un fils naturel qu'il avait eu de la duchesse et qui prit le titre de premier duc de Richmond. La terre d'Aubigny fut frappée du séquestre de guerre prononcé sur les biens des Anglais en France par le décret de Berlin, du 21 novembre 1806. Le traité de paix du 30 mai 1814 stipula la mainlevée du séquestre. On y ajouta une clause secrète relative à la terre d'Aubigny : « Le séquestre sur le duché d'Aubigny et les biens qui en dépendent sera levé, et le duc de Richmond remis en possession de ses biens, tels qu'ils sont maintenant. » Une ordonnance royale du 8 juillet 1814 et un arrêté du préfet envoyèrent en possession le quatrième duc de Richmond. En 1830, il fut actionné en partage par les représentants des quatre sœurs du troisième duc de Richmond. Les demandeurs obtinrent gain de cause, en première instance; en appel, la cour de Bourges se prononça pour le duc de Richmond; puis l'arrêt fut cassé, et l'affaire renvoyée devant la cour de Paris qui confirma le premier jugement. Nouveau pourvoi, rejeté par un arrêt rendu chambres réunies. L'objet de ces longs débats était de savoir si la terre d'Aubigny pouvait former, d'après le droit français, un fief régi par la substitution que Louis XIV et Charles II avaient établie. Un mot de Dupin, procureur général à la cour de cassation, résume la difficulté de droit et la décide conformément à la tradition française. « Jamais une nation, comme la France, dit-il, n'a pu être amenée à ce point d'accorder qu'une portion quelconque de son territoire fût régie par une autre loi que la loi française et constituerait une espèce d'oasis étrangère. Ce serait abdiquer la souveraineté (1). » Dupin a tort de rapporter ce

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1839, 1, 259.

principe à la grandeur de la nation française; c'est tout simplement la fameuse règle féodale, que toute coutume est réelle. Dans l'ancien droit, on en déduisait cette conséquence, que le statut des successions immobilières est réel; et les auteurs du code Napoléon, en consacrant le principe, ont implicitement consacré la conséquence dans l'article 3. Portalis a exposé la théorie du code conformément à la tradition; on réputait les coutumes réelles, en ce sens qu'elles étaient souveraines; toute loi territoriale est souveraine, en ce sens qu'elle s'applique à toutes les parties du territoire, ce qui est décisif en matière de succession.

327. Une question analogue s'est présentée devant la cour de cassation, en matière d'exclusion des filles. Un sieur Vanoni, Tessinois, décéda à Paris en 1854, laissant pour héritiers son fils et deux petits-enfants, représentant sa fille prédécédée. La succession se composait de divers immeubles, situés, les uns à Paris, les autres dans le canton du Tessin. Saisi de la question du partage, par suite d'un arrêt de la cour de Paris, le tribunal et la cour du canton du Tessin décidèrent que le sieur Vanoni avait droit, comme aîné des enfants du défunt, aux trois quarts de tous les biens existants soit en France, soit en Suisse. Au nom des petits-enfants on demanda devant le tribunal de la Seine qu'ils fussent autorisés à prélever, sur les biens situés en France, une portion égale à celle dont ils se trouvaient privés en Suisse, et que le restant des biens fût partagé par égales portions. Le tribunal et, sur appel, la cour accueillirent ces conclusions. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Je laisse de côté les difficultés qui résultaient des traités conclus par la France avec la Suisse, pour m'en tenir à la question du fond. La loi du 14 juillet 1819 autorise le prélèvement sur les biens situés en France, dans tous les cas où les héritiers français sont exclus, en pays étranger, des successions auxquelles ils sont appelés. J'ai dit ici même que cette interprétation résulte des termes mêmes de la loi. La cour de cassation, dans l'espèce, pose en principe, que « les successions sont d'*ordre public* et

que le principe d'*égalité* ne peut être atteint sur le territoire de la France par l'application des lois étrangères qui y sont contraires (1) ». En théorie, les successions ne sont certes pas d'ordre public, puisqu'elles concernent le règlement d'intérêts purement privés, et à ce titre, on peut soutenir, et c'est mon avis, qu'elles dépendent du statut personnel du défunt. Mais, au point de vue de la tradition française, il est vrai de dire que la souveraineté est engagée dans les débats qui s'élèvent sur le partage d'une succession immobilière; le statut territorial domine donc le statut personnel. Cela est vrai surtout quand il s'agit d'une loi étrangère qui est en opposition avec le principe d'égalité sur lequel repose la loi française. C'est un principe fondamental du droit public, inauguré par la révolution de 1789, appliqué ensuite au droit civil par les lois intermédiaires, et définitivement consacré par le code Napoléon. Or, le droit public forme un statut réel à tous égards, c'est-à-dire qu'il est territorial de son essence; le droit public d'un pays ne saurait s'étendre à un autre pays; mais aussi il régit toutes les parties du territoire, quand même les immeubles appartiendraient à des étrangers, et aussi toutes les personnes qui habitent le territoire, en tant que les lois concernent la police et la sûreté ; enfin les étrangers ne peuvent jamais se prévaloir de leur statut personnel quand il est en opposition avec le droit public de l'Etat où ils intentent une action en justice. Ici nous touchons à la question de théorie.

328. Je fais abstraction du code civil et de la tradition française, et je demande si les lois d'ordre politique, en matière de succession, forment un statut réel : telles sont les lois qui admettent ou rejettent le droit d'aînesse et les substitutions fidéicommissaires; telle est encore la loi qui permet aux filles de renoncer à la succession de leurs parents, et qui présume même cette renonciation ; d'où la conséquence qu'elles sont exclues de l'hérédité paternelle ou maternelle, ou qu'elles y sont admises. Savigny n'hésite pas à ranger ces lois parmi celles qui sont liées au

(1) Rejet, 18 juillet 1859 (Sirey, 1859, 1, 822).

territoire. Le droit privé est un droit commun ; on conçoit qu'il soit déterminé par la nationalité et qu'il suive la personne partout où elle réside. Tel est l'ordre ordinaire des successions. Que les ascendants excluent les frères, ou qu'ils concourent avec eux, que les neveux jouissent ou non du droit de représentation, cela n'intéresse pas l'Etat où la succession s'ouvre et où les biens sont situés ; donc le souverain territorial n'a aucun intérêt à régler les successions réclamées par les étrangers ; dès lors il peut, sans porter atteinte à sa puissance souveraine, permettre à la loi étrangère de régler la distribution des biens. On ne peut pas même dire que, dans ce cas, une souveraineté étrangère s'exerce dans un territoire sur lequel elle n'a aucune autorité, car la succession dépend de la volonté du défunt plutôt que de la loi, puisque le défunt, en ne testant pas, s'en est rapporté à sa loi nationale ; on exécute donc le testament présumé du défunt, on n'obéit pas à une loi étrangère. Telle est la doctrine des jurisconsultes allemands, à quelque école qu'ils appartiennent ; c'est aussi l'opinion proposée par Savigny. Mais quand il s'agit d'une succession exceptionnelle, telle que les substitutions, ou le droit de l'aîné, ou l'exclusion des filles, on est en dehors du droit civil ; c'est la loi politique qui domine, à tel point qu'elle n'écoute plus la voix de la nature, ni les intérêts privés, elle leur impose silence au nom de la raison d'Etat. C'est le droit public qui parle, et devant le droit public, le droit privé et à plus forte raison le droit de l'étranger doivent plier parce que la souveraineté est en cause. Telle est l'opinion de Savigny (1). Que si l'ordre politique domine quand il impose une succession exceptionnelle, par des considérations de droit public, il en est de même quand le législateur prohibe ces successions. Peut-on permettre à un étranger de maintenir en France, dans les relations d'intérêt privé, le principe aristocratique que le législateur a banni de l'ordre politique et de l'ordre civil ? N'en résulterait-il pas une espèce d'anarchie dans la société, puisque deux principes contraires, hostiles, se trou-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t VIII, p. 305 et suiv.

veraient en présence et en conflit? C'est comme si l'ancien régime et le nouveau coexistaient! La France serait divisée en elle-même, tout ensemble aristocratique, monarchique et démocratique.

Il y a cependant un motif de douter qui m'a fait incliner en faveur du statut personnel dans mes *Principes de droit civil*. Quand le législateur établit l'égalité comme base de l'ordre politique et civil, il a en vue les citoyens français, la nation française, il n'entend pas imposer ses principes aux étrangers qui se trouvent sur son territoire. Certes, il ne leur permettrait pas des actes qui blesseraient ouvertement l'égalité et qui troubleraient l'ordre social : il ne souffrirait pas que des étrangers aient des esclaves en France, ni qu'on y rétablît les fiefs, les vassalités et le servage, parce qu'un principe essentiel de la constitution française serait blessé : je reviendrai sur ce point. Mais peut-on dire que l'égalité serait compromise si un étranger recueillait en France une part avantageuse à titre de droit d'aînesse, ou s'il profitait d'une substitution? Il ne s'agit, en définitive, que d'intérêts privés, qui resteraient sans influence sur la société française, et n'y auraient même aucun retentissement.

Il y a du vrai dans ces considérations, mais elles ne tiennent aucun compte des intérêts généraux qui sont réellement compromis par ces institutions d'un autre âge. Peut-on nier que l'intérêt économique serait blessé si l'on permettait à un étranger de créer des substitutions en France, c'est-à-dire d'y mettre une partie du sol hors du commerce? Ici le statut personnel de l'étranger serait en opposition avec une loi d'intérêt général; et il est difficile d'admettre que l'étranger puisse faire des dispositions qui sont interdites aux Français, dans l'ordre civil et dans l'ordre social (1). Il y a une objection plus grave contre le statut personnel de l'étranger, en cette matière. Le bon ordre des familles, l'union et l'affection qui y doivent régner sont compromis, disons mieux, troublés, anéantis par un régime de succession qui renverse la loi de la nature,

(1) Baude. *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 101, note.

laquelle est la loi de Dieu, et on ne s'écarte jamais impunément de l'ordre divin. Il en résulte un trouble profond dans les relations des parents les plus proches, la discorde règne là où devrait régner l'amour fraternel; et si les frères se haïssent, au lieu de s'aimer, que deviendra le lien de charité qui doit unir tous les hommes? Le lien de la société humaine est brisé. Les discussions qui ont eu lieu au conseil d'Etat prouvent que ces dangers ne sont pas chimériques. Napoléon avouait que les substitutions étaient contraires aux bonnes mœurs; Réal, Bigot-Préameneu, qui avaient vu de près les substitutions, ainsi que le droit d'aînesse qui s'y rattachait, disaient que si ce régime conserve les grandes maisons, c'est en détruisant les liens de la famille (1). N'est-ce pas le cas de dire : Périssent les grandes maisons, et sauvons la famille, base de l'ordre moral!

On peut objecter à ces considérations ce qui se passe en Angleterre ; les substitutions et le droit d'aînesse y ont été maintenus, l'esprit de la nation y est resté aristocratique, et peut-on dire que ce régime ait ruiné les bases de la moralité? Il y a conflit entre les tendances de la France et de l'Angleterre; l'une est démocratique et aime avant tout l'égalité, à laquelle elle a parfois sacrifié la liberté; l'autre aime la liberté aristocratique qui plonge ses racines jusque dans la féodalité et dans les forêts de la Germanie ; et le droit civil se modèle naturellement sur le droit politique. Peut-on dire que la société anglaise soit moins morale que la société française? Ici revient le doute. J'ai cité à plusieurs reprises le mot de Dupin, dans la matière du divorce : les nations les plus civilisées conçoivent différemment l'intérêt des bonnes mœurs : aucune d'elles ne peut dire qu'elle possède le monopole de la morale, aucune d'elles ne doit avoir la prétention d'imposer aux autres ses idées et ses sentiments à titre de vérité absolue. Que chacune fasse des lois conformes à son génie, mais que toutes acceptent et respectent les lois différentes

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 430, n° 392.

que font les autres. C'est favoriser les rapports internationaux, et ces relations, tous les jours plus intimes, finiront par donner à tous les peuples des tendances analogues. La démocratie du Nouveau-Monde, la puissante république qui occupe la moitié d'un continent, procède de l'Angleterre; le flot démocratique envahira aussi la mère-patrie; alors tomberont les privilèges qui nous paraissent si odieux : l'égalité régnera partout, et à sa suite la paix et l'union dans les familles.

On voit que les doutes s'accumulent et que l'un heurte l'autre. A quelle opinion faut-il s'arrêter? M. Bertauld propose une distinction; il reconnaît le caractère de réalité à la loi qui prohibe les substitutions, tandis qu'il considère comme personnel le droit d'aînesse, parce que ce droit ne règle que des intérêts privés (1). Il me semble que cette distinction s'en tient à la surface des choses, elle sépare ce qui dans le régime aristocratique est inséparable; le droit d'aînesse est le but, les substitutions sont le moyen le plus efficace de le consolider en le perpétuant, et c'est précisément le but que le législateur français réprouve avec ses conséquences. Ma conviction est qu'il est rentré dans la voie de Dieu dont l'aristocratie féodale s'est éloignée. Dieu ne fait pas des aînés, donc l'homme n'a pas le droit d'en faire. Cela me paraît décisif dans notre débat : la loi de Dieu doit dominer celle des hommes. L'égalité, principe d'une vérité éternelle, doit l'emporter sur l'inégalité, qui n'a qu'une valeur transitoire; elle remonte aux temps féodaux, où le propriétaire était un baron, c'est-à-dire un roi dans son domaine; pour que cette royauté, à peine fondée, ne tombât pas en dissolution, il fallut concentrer le sol dans les mains de l'aîné. C'est la nécessité politique qui a créé le droit d'aînesse, et qui le maintient encore dans les monarchies. Chateaubriand dit que les rois s'en vont; la souveraineté des barons, en tout cas, n'a plus de raison d'être, donc le droit d'aînesse doit faire place à l'égalité. Je dis que telle est la loi de Dieu et qu'on ne la viole pas impunément. La royauté est

(1) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 92, nos 129-131.

égoïste de son essence, et l'égoïsme infecte de son venin tout ce qu'il tente; les grandes choses mêmes se rapetissent quand elles se font sous l'inspiration de cette passion mesquine. Que l'on se représente ce que doit être une nation de barons, chacun souverain dans son castel! Une nation souverainement égoïste : c'est le reproche que l'histoire adresse à l'Angleterre. Je laisse là la politique, pour m'en tenir à l'ordre des relations privées. L'égoïsme est la lèpre de l'âme, c'est le vrai péché originel qui infecte l'homme à sa naissance; il faut combattre ce poison, si l'on veut que la charité règne dans le monde; et la charité est la loi que Dieu a donnée à l'humanité. Telle est ma conclusion : la loi divine est la loi réelle par excellence, aucune loi humaine ne peut la contredire et ne peut lui être opposée.

Nº 2. LES DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC.

329. L'article 896 prohibe les substitutions fidéicommissaires; l'article 897 ajoute que sont exceptées de cette prohibition les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs, au chapitre VI du titre des *Donations et Testaments*. Je transcris les articles 1048 et 1049 :

« Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement desdits donataires. »

« Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aurait faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont pas réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires. »

Quoique le code civil ne qualifie pas ces dispositions de substitutions, il est certain que ce sont des substitutions fidéicommissaires que la loi permet par exception. L'ar-

ticle 897 le dit formellement. Quel est le motif pour lequel le législateur, après avoir prohibé pour les raisons les plus graves d'ordre public et de bonnes mœurs, les substitutions fidéicommissaires, les autorise ensuite, dans de certaines limites? Ce motif n'a rien de commun avec les substitutions de l'ancien régime; c'est pour cela que les auteurs du code civil n'ont pas même voulu se servir d'un terme qui rappelait une institution odieuse à la génération de 1789. Les anciennes substitutions avaient un but politique, elles se liaient au droit d'aînesse, et, par conséquent, au régime aristocratique de la vieille monarchie. Elles créaient un ordre particulier de successions qui intervertissait l'ordre naturel des parents que Dieu appelle à succéder au défunt. Tel n'est pas l'objet des substitutions que les pères et mères, et les frères et sœurs peuvent faire. Le législateur craint que l'enfant ou le frère auxquels les biens passent, dans l'ordre régulier de succession, ne les dissipe en folles dépenses ou en spéculations ruineuses; de là résulterait que la seconde génération se verrait privée des biens qu'elle était appelée par la nature à recueillir; c'est pour les leur transmettre que le code Napoléon permet de les leur assurer, en les donnant à l'enfant ou au frère, avec charge de les conserver et de les rendre aux enfants nés et à naître. Dans les anciennes substitutions, il y avait préférence injuste et privilége aristocratique: on sacrifiait toute la famille à la branche aînée. Dans les substitutions que le code civil autorise, il s'agit de sauver de la misère une branche menacée par les prodigalités ou la mauvaise gestion de son chef. Il n'y a plus de privilége; les enfants nés et à naître sont appelés aux biens substitués, sans distinction de sexe ni de naissance. La substitution serait nulle s'il y avait une préférence en faveur des mâles ou de l'aîné (1).

Si les substitutions permises ne sont plus entachées des vices qui infectaient les substitutions fidéicommissaires du vieux régime, elles présentent néanmoins les mêmes

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 70 (Locré, t. V, p. 332). Jaubert, *Rapport*, n° 71 (Locré, t. V, p. 350).

défauts au point de vue économique; les biens sont mis hors du commerce, au moins pendant une génération. C'est le motif pour lequel le code d'Italie n'a pas maintenu les substitutions autorisées par le code civil; c'est une institution particulière au droit français. Par contre, le législateur italien a permis de donner par testament aux enfants immédiats d'une personne déterminée, vivante au moment de la mort du testateur, quoiqu'ils ne soient pas encore conçus (art. 764). Cette disposition donne un moyen aux pères et mères, et aux frères et sœurs, et à tous autres parents qui craignent de voir leurs biens dissipés par l'héritier du premier degré, d'y appeler directement les enfants menacés de ruine, sans qu'il soit besoin d'une substitution.

330. Cette différence de législation pourra donner lieu à des conflits. On demande si le statut français qui permet les substitutions est réel, et quelle est la nature du statut italien qui permet les legs en faveur d'enfants qui ne sont pas conçus. Au point de vue de la tradition française telle qu'elle est consacrée par l'article 3 du code civil, la solution n'est pas douteuse; quant aux immeubles, le statut est réel. Les biens sont mis hors du commerce par les dispositions faites par voie de substitution; le législateur français peut bien permettre cette dérogation à une loi d'intérêt général et économique pour les biens situés en France, mais il ne peut pas autoriser les testateurs français à mettre hors du commerce une partie du sol italien. Si le statut est limité aux immeubles français, il en résulte, par contre, que les Italiens qui posséderaient des biens en France, en pourraient disposer par voie de substitution, sous les conditions déterminées par le code Napoléon.

La réalité du statut de substitution donne lieu, en cette matière, comme en tant d'autres, à des conséquences qui sont en opposition avec le principe ou avec les motifs qui ont engagé le législateur français à permettre les substitutions aux pères et mères, et aux frères et sœurs. La substitution a pour objet d'empêcher l'héritier du sang de dissiper les biens qu'il recueillerait, et de sauver le patrimoine de ses enfants. Pour que ce but fût atteint, la

prohibition d'aliéner devrait frapper tous les biens, quelle que soit leur situation. Conçoit-on une loi qui aboutit à dire que l'enfant ou le frère dissipateur ne peut pas aliéner les biens substitués situés en France, mais qu'il pourra aliéner et partant dissiper les biens situés ailleurs? Le statut devrait donc être personnel, et par sa nature et son but il l'est. Mais dans son application aux biens situés à l'étranger, il rencontrerait un obstacle invincible, la loi territoriale qui, pour des motifs d'intérêt public, interdit les substitutions. Sans doute les raisons économiques qui font prohiber les substitutions ont moins de force quand il s'agit de substitutions limitées au premier degré, et comme elles ont pour objet de conserver les familles, les traités pourraient autoriser les dispositions exceptionnelles. Mais il faudrait un traité; d'après le droit commun, le statut territorial, quand il est d'intérêt public, domine le statut personnel de l'étranger, ce qui, dans l'espèce, est décisif.

331. Quant à l'article 764 du code d'Italie, il forme un statut personnel, d'après le principe général établi par le législateur italien, dans les dispositions sur *la publication, l'interprétation et l'application des lois*: aux termes de l'article 8, les successions testamentaires sont réglées par la loi de la nation du défunt, quels que soient la nature et la situation des biens. D'ailleurs, l'article 764 est placé sous la rubrique de la section II, intitulée : *De la capacité de recevoir par testament*; à ce titre encore, la disposition dépend du statut personnel. Reste à savoir si le statut italien ne sera pas dominé en France par le statut français, qui ne permet pas de donner à des enfants non conçus (art. 906). La difficulté consiste à déterminer le caractère de ce statut ; or, l'article 906 est aussi placé dans un chapitre intitulé : « De la *capacité de disposer ou de recevoir* par donation entre-vifs ou par testament »; elle forme donc un statut personnel, ce qui décide la question: dans le conflit de deux statuts personnels, le statut de l'étranger doit recevoir son application, car c'est précisément là l'effet de la personnalité des lois. Elle reçoit exception quand le statut personnel du pays où l'étranger invoque sa loi nationale est d'intérêt public, et

tel n'est point le caractère de la disposition qui porte que pour être capable de recevoir à titre gratuit, il suffit d'être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur. Cette condition de capacité revient à dire que, pour exercer un droit, il faut exister, vivre, par conséquent, et, par faveur pour l'enfant, on admet que celui qui est conçu est censé né, quand il s'agit de recevoir une libéralité. Cette règle est-elle d'intérêt général? Non; c'est une question d'ordre privé, les droits de la société ne sont pas en cause. Il y aurait exception pour l'application que le principe reçoit aux établissements publics, c'est-à-dire aux personnes fictives que l'on appelle civiles ou juridiques : tout, en cette matière, est d'intérêt général. Hors de là, la capacité ou l'incapacité de l'enfant non conçu est étrangère aux droits de l'État, partant le statut personnel de l'étranger conserve toute sa force.

332. Il y a des successions particulières qui sont déterminées par la nature des biens, ce qui entraîne la réalité du statut qui les établit. Savigny cite les fiefs et les biens ruraux. Quant aux fiefs, le jurisconsulte allemand remarque que leur transmission ne s'opère pas par voie de succession proprement dite; il les compare à des biens grevés d'usufruit; le vassal n'a qu'une jouissance viagère, à sa mort son droit s'éteint; on ne peut pas dire que les biens passent à ses enfants, par titre de primogéniture; ils retournent au suzerain, lequel en investit l'aîné. Est-ce bien là tout le système des fiefs? Il en résulterait que le suzerain est propriétaire et que tous les vassaux successifs sont des usufruitiers. La transmission rentrerait donc dans le droit privé, et on ne voit pas que les fiefs ainsi considérés dépendraient du statut réel. Savigny oublie que le baron est roi dans sa baronnie; c'est à raison de la souveraineté attachée aux fiefs, que l'aîné les reçoit après une nouvelle investiture, qui ne lui est jamais refusée: ce n'est pas un usufruitier qui prend la place d'un autre usufruitier. Sans doute, il y a dans le régime féodal un mélange de propriété et de souveraineté, et une confusion de relations de droit privé et de rapports de droit public, mais c'est le droit public qui domine et qui imprime

la réalité à la propriété féodale, qui est tout ensemble dépendante et souveraine.

Il y a un autre élément dans le fief que Savigny néglige, sans doute parce qu'il traite du droit moderne (1). Grimm dit que le vassal était un serf; cela est si vrai que l'on ne sait si le vasselage procède du servage, ou si le servage a son principe dans le vasselage; toujours est-il que sous le régime féodal, il y a des classes dépendantes et des classes dominantes, donc une diminution plus ou moins grande de la liberté. C'est la raison pour laquelle la révolution française a aboli le régime féodal jusque dans ses derniers vestiges. De là date la liberté des terres et de ceux qui les possèdent. Le code civil a consacré cette conquête de la Révolution; l'article 686 défend d'imposer à un fonds ou pour un fonds des services qui seraient contraires à l'*ordre public*, c'est-à-dire qui tendraient à rétablir la subordination des fonds servants à un fonds dominant, et partant la dépendance des vassaux, y compris les serfs, et la suzeraineté des seigneurs. Par suite, il ne peut plus être question en France, ni partout où les principes de 1789 dominent, de fiefs, ni d'une succession aux fiefs. Peu importe que les fiefs soient constitués par contrat et que l'ordre de succession qui en résulte soit une succession contractuelle; il est vrai que les conventions ont effet partout, quelle que soit la situation des biens, et que, sous ce rapport, elles forment des statuts personnels, mais l'autonomie des contractants s'arrête devant l'intérêt général; un pacte de famille établissant des fiefs et un ordre de succession fondé sur les principes du régime féodal n'aurait aucun effet en France, parce qu'il heurterait le droit public français, lequel n'admet plus de fiefs, ni de subordination des terres et de ceux qui les possèdent. En Allemagne, le droit de succession forme un statut personnel; il en résulte que les Français n'y seraient pas admis à créer des propriétés féodales et une succession aux fiefs, dans les pays où les fiefs existent encore. Les Français ne peuvent pas abdiquer les lois politiques qui forment le

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 306 et suiv.

fondement de l'état dont ils jouissent dans l'ordre civil; ils ne pourraient changer de statut sous ce rapport qu'en changeant de patrie.

333. Savigny mentionne encore une autre espèce de succession fondée sur la nature des biens, qu'il appelle *Bauerngütert*, biens cultivés par des propriétaires (1). Il y a des lois qui appellent à succéder à ces biens l'aîné des fils ou le plus jeune, avec exclusion des filles. Ces successions, dit Savigny, diffèrent entièrement des successions ordinaires. Dans la théorie allemande, la succession forme un statut personnel, parce que l'héritier continue la personne du défunt. La succession aux biens ruraux, là où elle est admise, n'a rien de commun avec les personnes; elle a uniquement en vue les biens et leur exploitation; c'est pour ne pas la morceler, ce qui la rendrait infructueuse, que la loi attribue les biens ruraux à un seul des enfants, et comme les enfants mâles sont seuls capables de cultiver la terre, la loi écarte les femmes; je suppose qu'elle leur attribue d'autres terres, sinon elle aboutirait à l'exclusion des femmes, ce qui est un caractère de la succession féodale, donc politique, tandis que l'exclusion des biens ruraux est étrangère au droit public; elle procède des lois agricoles et concerne la production de la richesse.

Le statut de la succession aux biens ruraux est réel, cela résulte de la doctrine traditionnelle, la loi ayant en vue directement les biens et leur transmission, sans considérer les personnes. S'il y avait des biens ruraux dépendant d'une succession ouverte en Allemagne et situés en France, on n'y admettrait pas le statut allemand, qui attribue tous ces biens à un seul fils, puisqu'on y suit comme principe que toute succession est réelle; il en résultera que le but de la loi allemande ne sera pas atteint, puisque les biens ruraux seront divisés et pourront être mis dans le lot d'une fille du défunt. Ces inconséquences sont attachées à toute réalité; on ne peut les prévenir que par des conventions internationales.

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 306 et suiv.

Le conflit existerait encore si les biens étaient situés en Allemagne et que la succession s'ouvrît en France. Dans ce cas, le juge français appliquerait la loi française, sans faire attention à la nature des biens ni à la qualité des héritiers. Mais comment les parties intéressées obtiendront-elles l'exécution de ces jugements en Allemagne? On n'admet nulle part que les jugements rendus dans un pays soient exécutoires ailleurs, par eux-mêmes, sans condition ni formalité; et on suit aussi partout le principe que les jugements contraires à une loi de droit public ou d'intérêt général ne peuvent pas recevoir d'exécution dans le pays où ce conflit existe; de sorte qu'en définitive, le conflit est insoluble. Le juge français ne cédera pas, comme le croit Wächter (1), et le juge allemand ne cédera pas non plus, l'un et l'autre étant liés par les lois de leur pays, lois contraires, mais toutes considérées dans leur territoire comme une dépendance du droit public. Il n'y a d'autre solution que des transactions par voie de conventions diplomatiques.

§ IV. — *De l'absence.*

334. Quelle est la nature du statut de l'absence? Il est très difficile de répondre à cette question. Il faut laisser là le domaine de la théorie, car tout dépend de l'organisation de l'absence, et elle varie du tout au tout d'un pays à l'autre. Dans une seule et même législation, les avis diffèrent et sur le caractère de l'absence et sur la nature du statut qui la régit. Je me place d'abord sur le terrain du droit français. Y a-t-il, d'après le code Napoléon, présomption de mort, en cas d'absence, et, par suite, ouverture de succession? Il est certain que le législateur français n'établit pas une présomption de mort; le mot ne se trouve pas dans nos textes, ni la chose non plus. Lors de la discussion du projet de code civil, la théorie d'une présomption de mort trouva des partisans. Tronchet,

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 364, 2, et note 347.

répondit un peu crûment qu'il était *ridicule* de déclarer l'absent mort et qu'il était tout aussi *bizarre* de le faire ensuite revivre. Quelle est la réalité des choses? Tronchet répond que l'absent n'est ni mort ni vivant aux yeux de la loi. C'est le *doute* qui règne après la déclaration d'absence, dit Emmery. Cela paraît singulier, ajoute Boulay, mais ce principe est le produit de la sagesse des siècles, et on n'est pas encore parvenu à en trouver un meilleur (1). Telle est, à vrai dire, la réalité des choses. Qui sait si l'absent vit ou s'il est mort? Les probabilités sont pour le décès, disait-on. Mais les faits peuvent donner un démenti à toutes ces probabilités. Que reste-t-il? L'incertitude. C'est ce que dit l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs : « Lorsqu'un long temps ne s'est pas encore écoulé depuis qu'un individu s'est éloigné de son domicile, la présomption de mort ne peut résulter de cette absence; il doit être regardé comme vivant. Mais si, pendant un certain nombre d'années, on n'a point de ses nouvelles, on considère alors que les rapports de famille, d'amitié, d'affaires sont tellement dans le cœur et dans les habitudes des hommes, que leur interruption absolue doit avoir des causes extraordinaires ; causes parmi lesquelles se place le tribut même payé à la nature. Alors s'élèvent *deux présomptions* contraires : l'une de la mort, par le défaut de nouvelles; l'autre de la vie, par son cours ordinaire. La conséquence juste des deux présomptions contraires est l'*état d'incertitude.* » Bigot-Préameneu établit ensuite que cette incertitude subsiste pendant toute l'absence, que les mesures que la loi prescrit sont toujours calculées sur les différents degrés d'incertitude, jamais exclusivement sur la présomption de vie ou de mort (2).

335. Cela est décisif en ce qui concerne la question de savoir si l'absence est une ouverture de succession. La succession s'ouvre par la mort; elle pourrait s'ouvrir par une présomption de mort. Or, dans le cas d'absence, il n'y a ni mort réelle, puisqu'elle n'est pas prouvée, ni mort pré-

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 fructidor an IX, n°s 18, 27 et 33 (Locré, t. II, p. 215, 226 et 229).
(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 5 (Locré, t. II, p. 251).

sumée, puisqu'il y a point de présomption légale sans loi ; donc il n'y a point d'ouverture de succession. Cependant l'opinion contraire est généralement enseignée par les auteurs français, en termes vagues, il est vrai, et en variant quant aux conséquences du principe ; toujours est-il qu'ils s'accordent à dire que l'envoi en possession des biens n'est autre chose que l'ouverture provisoire de la succession de l'absent. En parlant des effets de l'envoi provisoire, M. Demolombe écrit : « Nous allons assister à *une sorte* d'ouverture provisoire de la succession de l'absent. Telle est, en effet, l'*image* que présente l'envoi en possession qui suit la déclaration d'absence (1). » Ce n'est pas là le langage du droit, il ne connaît point les *en quelque sorte* et les *images*. Il n'y a pas de succession d'un homme vivant ; si réellement la succession de l'absent s'ouvre, il faut que l'absent soit mort, ou que la loi présume qu'il est décédé ; or, je viens de dire que la loi n'établit jamais une présomption de mort. M. Demolombe dit formellement le contraire : la présomption de mort, d'après lui, est la base de toutes les mesures que la loi prescrit après que l'absence a été déclarée. Cette prétendue présomption de mort remonte au dernier signe de vie donné par l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est à ce moment qu'est réputée s'être ouverte la succession provisoire de l'absent (2). Il y a des arrêts en ce sens. La cour de Turin qualifie de *vrai droit réel* le droit des envoyés en possession provisoire, donc c'est un droit de propriété ; la cour d'Angers dit qu'ils sont propriétaires à l'égard des tiers (3).

Cette doctrine est une de ces théories extralégales, que les auteurs et la jurisprudence ont créée, en se mettant au-dessus de la loi. Il suffit d'ouvrir le code civil pour s'en convaincre. L'article 125 dit que la possession provisoire n'est qu'un *dépôt* qui donne à ceux qui l'obtiennent l'*ad-*

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, n° 71, p. 75.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 75, n° 71, et p. 78, n° 82.

(3) Turin, 5 mai 1810 (Sirey, 1810, 2, 265). Angers, 28 août 1828 (Sirey, t. IX, 2, 146).

ministration des *biens* de l'*absent*. Est-ce qu'un *dépositaire* peut jamais avoir un *droit réel*, lui, qui n'est pas même possesseur ? Est-ce qu'un *administrateur* peut être *propriétaire?* Si les envoyés en possession provisoire étaient propriétaires, ils pourraient aliéner, hypothéquer, et l'article 128 dit, au contraire, qu'ils ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. Même après l'envoi définitif, on ne peut pas dire que la succession de l'absent soit ouverte : nous en avons la preuve dans les travaux préparatoires. D'après le projet de code civil, les envoyés en possession définitive étaient considérés comme propriétaires incommutables. Ce système fut rejeté. Les envoyés définitifs ne sont propriétaires qu'à l'égard des tiers, ils ne le sont pas à l'égard de l'absent; celui-ci n'est jamais présumé mort, et s'il revient, toutes les mesures prises en vertu de l'envoi définitif tombent de plein droit; on respecte seulement les actes que les envoyés ont faits à l'égard des tiers. Pendant l'envoi provisoire, les biens sont placés hors du commerce; cela est contraire à l'intérêt général, qui demande que les biens circulent librement ; voilà pourquoi le code déclare que les biens de l'absent rentrent dans le commerce, quand l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou que cent années se sont écoulées depuis la naissance de l'absent (art. 129), c'est-à-dire, lorsque toutes les probabilités sont pour la mort de l'absent; mais quelque fortes que soient ces probabilités, la loi n'en fait pas une présomption légale; même après cette longue absence, le code ne dit pas que la succession est ouverte, elle ne le dit que lorsque le décès de l'absent est prouvé (art. 130) (1). Je ne discute pas le système du code Napoléon, je l'expose. Les textes ne laissent aucun doute : il n'y a jamais de présomption d'absence, ni d'ouverture de succession. Donc on ne peut pas, au point de vue du droit civil international, assimiler l'absence à une succession ouverte. La conséquence en est que le statut de l'absence n'est pas un statut réel, en vertu de la doctrine traditionnelle qui régit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, nos 122 133.

les successions. Il faut laisser là la tradition, en cette matière, et examiner quel est l'effet des mesures que la loi prescrit quand une personne est absente dans le sens légal de ce mot.

336. Le titre IV du livre premier du code civil est intitulé : *Des absents*. Cela prouve déjà que la loi s'occupe des personnes absentes, dans leur intérêt. Bigot-Préameneu le dit dans l'Exposé des motifs : « Le titre des *Absents* offre les exemples les plus frappants de cette admirable surveillance de la loi, qui semble suivre pas à pas chaque individu pour le protéger aussitôt qu'il se trouve dans l'impuissance de défendre sa personne ou d'administrer ses biens (1). » L'orateur du gouvernement compare les absents aux mineurs; en cela il va trop loin, comme je le dirai à l'instant. Ce sont ces nuances qui rendent si difficile la question que je viens de poser. Il n'est pas exact non plus de dire que la loi se préoccupe exclusivement des intérêts de l'absent. Il y a d'abord un intérêt social qui est étranger à la personne de l'absent. Celui-ci a des biens, et la société doit veiller à ce que les richesses, produit du travail, ne se perdent pas faute de soin et de surveillance. Il est si vrai que le législateur a en vue la conservation des biens, que si l'absent n'avait pas de biens, le titre des *Absents* ne recevrait aucune application ; dans les diverses périodes de l'absence, la loi prescrit toujours des mesures concernant les biens.

Le premier article du titre porte (art. 112) : « S'il y a *nécessité* de pourvoir à l'*administration* de tout ou partie des *biens* laissés par une personne présumée absente, *il y sera statué* par le tribunal de première instance sur la demande des parties intéressées. » Quelles sont ces parties intéressées? Ce sont les tiers, créanciers ou associés; et leur intérêt concerne également les biens. La seconde période s'ouvre par la déclaration d'absence : qui a le droit de la provoquer et dans quel but? Ce sont tous ceux qui avaient sur les *biens* de l'*absent* des *droits* subordonnés à la condition de son décès; ils sont admis à les exercer

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 1 (Locré, t. II, p. 251).

provisoirement; les héritiers présomptifs, notamment, obtiennent l'envoi en possession provisoire des *biens* qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 123 et 120). Qu'est-ce que cet envoi en possession? L'article 125 répond que la possession provisoire n'est qu'un *dépôt* qui donne à ceux qui l'obtiennent l'*administration* des *biens* de l'*absent*. Vient ensuite la troisième période de l'absence, l'envoi en possession définitif des biens de l'absent, suivi du partage de ces biens (art. 129). L'envoi est définitif en ce sens, que les envoyés peuvent faire tous actes de propriété à l'égard des tiers; si l'absent reparaît, il recouvre ses *biens* dans l'état où ils se trouvent, le prix de *ceux* qui auraient été aliénés ou les *biens* provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses *biens vendus* (art. 132). Voilà, d'après les textes, la théorie de l'absence. Il s'agit dans toutes les périodes des *biens* de l'absent, de leur conservation et de leur administration.

Quelle est, d'après cela, la nature du statut qui régit l'absence? Toutes les mesures sont prescrites dans l'intérêt de l'absent, la loi veille à la conservation et à l'administration de ses biens, parce que l'absent est dans l'impossibilité d'y veiller. Il est probable qu'il est mort, et cette probabilité va tous les jours en augmentant ; et s'il n'est pas mort, il se trouve placé dans des circonstances telles qu'il lui est impossible de donner de ses nouvelles, et par suite de charger un mandataire de la gestion de son patrimoine. Le législateur, qui protége les intérêts de tous les citoyens, accorde aussi sa protection aux absents, en supposant qu'ils soient encore en vie; et en supposant qu'ils soient morts, la loi doit encore protéger les intérêts des héritiers présomptifs et des tiers qui auraient des droits contre l'absent. Il y a, sous ce rapport, analogie entre l'absence et la tutelle; le législateur intervient dans un intérêt de famille. Or, les droits des personnes et de la famille à laquelle elles appartiennent dépendent du statut personnel. Il faudrait donc, en principe, décider que le statut de l'absence est personnel. Mais telle n'est pas la théorie traditionnelle consacrée par le code Napoléon.

Comme il s'agit de conserver les biens qui appartiennent à l'absent ou à sa famille, il faut dire que le statut est réel, au moins en ce qui concerne les immeubles; l'article 3 du code Napoléon reçoit son application directe aux immeubles situés en France et appartenant à une personne présumée ou déclarée absente. Il suit de là que les biens d'un étranger absent devront être conservés et administrés conformément à la loi du pays où ils sont situés, donc par la loi française, si les biens sont situés en France. Et pour rester fidèle à la tradition, il faut ajouter que les biens mobiliers appartenant à l'absent seront régis par son statut personnel. Cela est peu logique, mais il est aussi peu logique qu'il y ait deux successions, l'une immobilière et l'autre mobilière, et régies chacune par une loi différente. Il y a bien d'autres anomalies résultant de la théorie traditionnelle des statuts; l'interprète doit les accepter avec le principe que le code civil a consacré.

337. L'auteur le plus récent qui a écrit sur la théorie traditionnelle des statuts, en droit français, arrive à la même conclusion (1). M. Barde dit que la matière de l'absence a de grands rapports avec celle des successions. La déclaration d'absence et l'envoi en possession, surtout l'envoi définitif, représentent une *sorte d'ouverture anticipée de la succession*. Ces expressions rappellent l'assimilation entre l'absence et l'ouverture d'une succession, que j'ai combattue (n° 335). Mais, tout en niant qu'il y ait présomption de mort et ouverture de la succession de l'absent, on peut admettre l'analogie que M. Barde invoque. La probabilité croissante du décès de l'absent donne lieu à des mesures qui se rapprochent de celles que la loi prescrit en cas de mort. Mais, il importe toujours de maintenir les vrais principes, il faut donc éviter de parler d'une *sorte* d'ouverture anticipée de la succession, d'autant plus que cela est inutile dans la doctrine traditionnelle que M. Barde a raison de suivre, puisque c'est celle du code français.

M. Barde avoue que le système de la réalité aura quel-

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 10), n° IV (Bordeaux, 1880).

quefois des conséquences singulières que l'interprète doit regretter. Il pourra se faire qu'un tribunal présume une même personne morte par rapport à tels biens, et qu'un autre tribunal la considère comme vivante par rapport à tels autres, les règles de cette matière, et notamment les délais prescrits pour l'envoi en possession n'étant pas les mêmes dans les diverses législations. M. Barde a raison d'ajouter que, pour éviter ces résultats étranges, on devrait écarter la division des statuts que le code français a expressément consacrée dans l'article 3; et il n'appartient pas à l'interprète de corriger la loi. Toujours est-il bon de constater les conséquences absurdes qui résultent de la réalité des statuts, dans toutes les matières où les droits de l'Etat ne sont pas en cause. Or, dans l'espèce, on ne peut pas dire que la société soit intéressée à ce que les biens de l'absent soient conservés et administrés d'après la loi territoriale de la situation des biens plutôt que d'après la loi nationale de l'absent. L'Etat où les biens sont situés n'a qu'un droit, pour mieux dire un devoir, c'est de veiller aux intérêts de l'absent; il doit aux étrangers la même protection qu'aux indigènes, mais cela ne veut pas dire qu'il faille appliquer aux étrangers les lois du pays où leurs biens sont situés : le meilleur moyen de les protéger est de leur laisser la jouissance de leur droit national.

338. Ces considérations ont déterminé M. Fiore à se prononcer pour la personnalité du statut de l'absence (1). Ce serait bien mon avis (n° 335); il m'est cependant difficile d'admettre les motifs que le jurisconsulte italien fait valoir à l'appui de son opinion. L'absence, dit-il, entraîne un changement considérable dans l'état de l'absent. C'est ce que je ne saurais admettre; l'état d'une personne consiste dans la condition sociale qui lui est assignée par la loi, et qui a pour conséquence sa capacité ou son incapacité. On suppose que l'absent était majeur, et qu'il jouissait de la plénitude de ses droits. L'absence va-t-elle

(1) Fiore a tout un chapitre sur l'*Absence*, livre Ier, chap. 4 (*Diritto internazionale privato*, p. 125.)

changer cet état, et rendre incapable la personne qui était capable? La question n'a point de sens. L'absence n'est autre chose que l'incertitude qui règne sur la vie ou la mort d'une personne : est-elle morte, lors de ses dernières nouvelles, alors que l'incertitude commence, il ne peut plus être question de son état: est-elle encore en vie, elle conserve l'état qu'elle avait, seulement elle peut se trouver dans l'impossibilité d'exercer les droits qui sont attachés à son état; c'est là un fait, et ce fait ne modifie certainement pas la capacité légale de la personne.

L'opinion de Fiore trouve quelque appui dans les travaux préparatoires du code civil. Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, compare l'absent au mineur, l'un et l'autre sont incapables d'administrer leurs biens et de défendre leur personne. Cette impuissance résulte, chez le mineur ou l'aliéné, de l'âge ou du défaut de raison; la loi y pourvoit par les tutelles; chez l'absent, elle résulte de ce qu'il ne peut plus pourvoir à ses intérêts. Peut-on appeler incapacité ce qui, en réalité, n'est qu'un état d'incertitude sur la vie et la mort? Il ne peut s'agir d'incapacité que lorsque la vie d'une personne est certaine; on ne dit pas d'un mort qu'il a un état qui le rend incapable. L'orateur du Tribunat a signalé une autre différence entre l'absent et le mineur; c'est la nature elle-même qui a mis l'enfant, à raison de la faiblesse de son âge, dans l'impuissance d'agir et de défendre ses droits, tandis que l'absence est, en général, volontaire. Huguet en conclut que l'absent, en supposant qu'il soit encore en vie, mérite moins de faveur que le mineur et l'interdit; aussi la prescription ne court-elle pas contre ceux-ci, tandis qu'elle court contre les absents (1). Cela prouve qu'il ne s'est fait aucun changement dans l'état de l'absent. Bigot-Préameneu s'exprime mal en disant que l'absent est dans l'impuissance de défendre sa personne; s'il était frappé d'une incapacité personnelle, la loi lui donnerait un tuteur, comme à l'interdit, ou un conseil judiciaire, comme au prodigue. Or, il n'est pas dit un mot au titre des *Absents*

(1) Huguet, *Discours*, n° 24 (Locré, t. II, p. 274).

sur la protection de la personne de l'absent; quand même il se trouverait dans une situation où il aurait besoin d'un défenseur, la loi ni les juges ne pourraient venir à son secours, puisqu'on ne sait où il est, ni s'il est en vie.

339. Un autre jurisconsulte italien, et un des meilleurs, le Napolitain Rocco, propose une distinction : l'absence produit des effets quant à la personne, dit-il, et des effets quant aux biens; les premiers dépendent du statut personnel, les autres du statut réel. Les effets de l'absence, en ce qui concerne les biens, sont l'envoi en possession, la jouissance des fruits accordée aux envoyés, les obligations qui leur sont imposées pour la garantie d'une bonne gestion : tout cela dépend de la situation des biens. La déclaration d'absence, au contraire, dépend du statut personnel; c'est le tribunal du domicile qui seul est compétent pour déclarer l'absence, ou pour prononcer, s'il y a lieu, une déclaration de mort. Fiore rejette cette distinction; on ne peut pas scinder, dit-il, l'état d'une personne. et les conséquences qui en résultent : si la déclaration d'absence dépend du statut personnel, il en doit être de même de l'envoi en possession, puisque cet envoi est une conséquence de la déclaration d'absence (1). Ne serait-il pas plus vrai de dire que l'absence est déclarée uniquement comme préliminaire de l'envoi en possession, ce qui conduirait à une autre théorie, celle du statut réel?

A mon avis, il y a du vrai dans la distinction de Rocco, mais pour l'apprécier il faut se placer sur le terrain de la tradition, laquelle considère comme réelles toutes les lois concernant les immeubles. Or, on ne saurait nier que l'envoi en possession avec ses suites tombe sous l'application de la règle que l'article 3 du code Napoléon a reproduite : les immeubles, même ceux qui appartiennent à des étrangers, sont régis par la loi de leur situation. Il est certain également, que dans la matière de l'absence, il y a des dispositions qui appartiennent au statut personnel.

Le code civil donne à l'époux présent le droit d'opter

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 126, n°s 73-76.

pour la continuation de la communauté, et d'empêcher par là l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs de l'absent (1). La raison en est que la communauté est une société universelle de biens, et la société des biens est une conséquence du lien des âmes qui unit les époux, donc du mariage. Or le mariage forme un statut personnel; ce n'est donc pas la loi du lieu où les biens de l'absent sont situés qui décidera si le conjoint doit être préféré, dans l'administration des biens, aux héritiers présomptifs, c'est le statut national de l'époux. A vrai dire, les droits de l'époux dépendent des conventions matrimoniales et celles-ci ont leur principe, non dans la loi, mais dans la volonté des parties contractantes; ainsi c'est en vertu de l'autonomie des époux qu'il y a communauté entre eux, et c'est aussi cette autonomie qui doit décider, quels sont, en cas d'absence de l'un des conjoints, les droits de l'autre sur l'administration de la communauté.

Le code Napoléon contient encore des dispositions sur la tutelle et sur la puissance paternelle des enfants de l'absent. S'il y a des enfants mineurs issus d'un commun mariage, ou si l'absent a des enfants mineurs nés d'un premier lit, il y aura lieu soit à l'exercice de la puissance paternelle, soit à la tutelle (art. 141-143) (2). La puissance paternelle et la tutelle dépendent du statut personnel; c'est donc ce statut, et non celui de la situation des biens, qui décidera à qui les enfants doivent être confiés. Le statut territorial est, dans ce cas, hors de cause. Seulement, s'il y avait lieu de prendre des mesures d'urgence dans l'intérêt des enfants mineurs, le juge local y pourrait statuer : c'est le cas pour l'Etat, et partant pour les tribunaux, d'exercer le devoir de protection qui incombe à la société à l'égard des êtres sans protecteur, qui se trouvent sur son territoire, soit étrangers, soit naturels du pays. Ce devoir est écrit dans la Constitution belge (art. 128), et il était déjà établi par la loi fondamentale du royaume des Pays-Bas. Mais ces mesures n'auraient

(1) Article 124. Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 260, n[os] 201 et 202.

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 183, n[os] 145 et suiv.

qu'un caractère provisoire; il n'appartient qu'à la loi personnelle d'organiser la puissance paternelle ou la tutelle des enfants dont le père ou la mère serait absent.

Il y a un conflit regrettable entre les diverses législations sur le mariage de l'absent. Le code civil le maintient, et avec raison; l'absence n'est qu'un état d'incertitude sur la vie ou la mort de l'absent; or, le mariage ne peut être dissous que par la mort; dans l'incertitude où l'on est si l'absent est encore en vie, il est impossible de permettre à l'époux de contracter un nouveau mariage, ce serait l'exposer à se rendre coupable de bigamie (1). La bigamie est un crime, donc le statut qui cherche à prévenir un mariage bigamique est réel, en ce sens qu'il domine le statut personnel qui permettrait au conjoint étranger de contracter mariage, en cas d'absence de son conjoint. Tel est le code des Pays-Bas. Un Néerlandais domicilié en France ou en Belgique, et dont le conjoint serait absent, ne serait pas admis à se marier, en vertu de son statut personnel. Vainement dirait-on que le code français n'attache pas à ce second mariage les effets que produit, en général, la bigamie: il ne permet pas à toute personne intéressée d'en demander la nullité; l'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, est seul recevable à l'attaquer (art. 139). Cette exception au droit commun n'empêche pas qu'il y ait crime de bigamie, ce qui est décisif au point de vue du statut. Quant à l'époux belge qui serait domicilié dans les Pays-Bas, il n'y pourrait pas se marier, en cas d'absence de son conjoint, parce que la dissolution du premier mariage par la mort est une des conditions essentielles prescrites par le code civil pour la validité d'un second mariage; sous ce rapport elle forme un statut personnel qui suit le Belge à l'étranger, et qui s'oppose, par conséquent, à ce qu'il contracte un nouveau mariage, tant que l'absence dure.

340. On voit que l'on ne peut pas dire d'une manière absolue que l'absence forme un statut personnel, ni qu'elle forme un statut réel. Rocco a raison de distinguer, si les

(1) Article 139. Voyez les *Principes de droit civil*, t. II, p. 310, nos 245 et suiv.

relations sont personnelles ou si elles sont réelles. Seule, la doctrine moderne va plus loin que celle des statutaires, elle s'attache moins à la distinction des biens, et de l'état des parties intéressées, qu'à la nature des rapports juridiques qui forment l'objet du débat : ces rapports sont-ils de droit privé, le statut sera personnel : sont-ils de droit public, le statut sera réel. Il peut donc arriver que, dans une seule et même matière, il y ait des statuts personnels et réels ; et il peut se faire aussi qu'un seul et même statut soit personnel, en ce sens qu'il dépend de l'état des parties, et réel en ce sens qu'il concerne les droits de la société, cas dans lequel la loi territoriale domine la loi personnelle.

Fiore objecte, contre la réalité du statut de l'absence, qu'il en résulte des conséquences contradictoires et absurdes. Il a raison, en théorie ; il est, certes, absurde qu'un Italien soit déclaré absent en Italie, avec cet effet que sa vie et sa mort y sont considérées comme incertaines, tandis qu'en Autriche il ne soit pas présumé absent, pour les biens qui y sont situés : l'incertitude qui règne sur la vie d'une personne peut-elle dépendre du lieu où ses biens sont situés, de sorte qu'il y ait incertitude en Italie, et qu'il n'y en ait pas en Autriche ? Ces contradictions témoignent contre le principe de la réalité du statut de l'absence, tel que le droit traditionnel le conçoit ; sous ce rapport Fiore a raison de rejeter la réalité, mais en France, et en vertu du code Napoléon, l'interprète est obligé d'admettre le statut réel, dans tous les cas où la réalité résulte de la tradition française. Le code italien, qui donne beaucoup plus à la personnalité, a néanmoins maintenu la réalité des statuts immobiliers ; c'est sans doute sous l'influence de cette doctrine que Fiore s'est prononcé pour la réalité du statut de l'absence. Mais il est impossible de déclarer réels des statuts qui dépendent de l'autonomie ou de l'état des personnes, comme je viens de le dire en traitant des conventions matrimoniales qui interviennent entre époux, et de la puissance paternelle ou de la tutelle concernant les enfants de l'absent. Que l'on ne s'étonne pas de cette diversité de statuts que l'on trouve

dans une seule matière : le droit est une face de la vie, et la vie ne se gouverne pas par des formules absolues ; elle a ses variétés infinies, et le droit doit la suivre dans sa mobilité.

341. Le code des Pays-Bas a remplacé la déclaration d'absence par une déclaration de mort. C'est le système du droit allemand ; l'innovation ne me paraît pas heureuse. Je transcris les articles 523 et 524 : « Si un individu a abandonné son domicile sans laisser de procuration, et que cinq ans se soient écoulés depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles, l'*absent*, à la requête des ayants droit et sur l'autorisation du tribunal de son domicile, sera *sommé* de comparaître devant le tribunal dans les trois mois au plus tard. Si l'absent ne paraît pas au jour fixé, une *deuxième* et ensuite une *troisième sommation* lui seront faites, en observant les mêmes délais. Les sommations seront insérées dans les feuilles publiques et *affichées* à la *porte d'audience* du tribunal et de la *maison commune* du domicile de l'absent. Si, à la troisième sommation, l'absent n'a comparu ni en personne ni par fondé de pouvoir, le tribunal, après avoir entendu le ministère public, peut prononcer la *présomption de décès* à dater du jour où l'absent aura disparu ou cessé de donner de ses nouvelles. » Cette procédure, qui entraîne la présomption de mort, est au moins étrange. Le tribunal fait trois sommations : à qui ? A une personne dont la vie et la mort sont incertaines. Le plus souvent l'absent sera décédé : les sommations s'adresseront donc à un mort ! Et en supposant que l'absent soit encore en vie, est-ce que des affiches à la porte du tribunal et à celle de l'hôtel de ville le mettront en état de comparaître ? S'il y a des causes qui le mettent dans l'impossibilité de donner de ses nouvelles pendant cinq ans, ces mêmes causes l'empêcheront aussi d'avoir connaissance des sommations qu'on lui fait.

Voyons quelles sont les conséquences de la déclaration de mort. Aux termes de l'article 530, les héritiers présomptifs d'un absent auront les droits d'usufruitier et devront en remplir les devoirs. Ainsi l'absent reste propriétaire. Conçoit-on qu'une personne que le tribunal a

déclarée morte, ou présumée morte, soit néanmoins propriétaire, ce qui implique des relations juridiques entre le présumé mort et ses héritiers? Cette contradiction logique n'est qu'une absurdité; il y a une contradiction morale bien plus grave. Le code autorise l'époux présent à se remarier. Après dix ans d'absence de son conjoint, il peut lui faire trois sommations de comparaître (art. 549). Ainsi on adresse une sommation à une personne présumée morte, en vertu d'une sentence judiciaire! Si l'absent ne comparaît pas, le tribunal peut autoriser l'époux à se remarier (art. 550). Je ne comprends pas que le législateur autorise un second mariage avant la dissolution du premier; c'est légitimer éventuellement la bigamie. En effet, l'article 551 porte: « Si l'absent reparaît avant la célébration du second mariage, le jugement qui autorise ce mariage sera nul. S'il reparaît après la célébration, il pourra, à son tour, se remarier. » Il faut remarquer que le premier mariage n'a pas été déclaré dissous; légalement il subsiste, il y aura donc une bigamie légale, et les deux époux seront bigames si l'absent qui reparaît use du droit de se remarier que la loi lui donne. Voilà un scandale que la loi ne devrait jamais consacrer.

342. Il résulte de cette innovation un conflit entre le code des Pays-Bas et le code français. Quelle est la nature du statut néerlandais? Un habitant des Pays-Bas, domicilié en Belgique ou en France, pourrait-il poursuivre devant nos tribunaux la déclaration de mort? D'après la théorie que je viens d'exposer, le statut est personnel; les Néerlandais peuvent donc l'invoquer en pays étranger, à moins que la loi territoriale ne s'y oppose. Or le code Napoléon, bien qu'il n'admette point la présomption de mort, ne la prohibe pas en ce qui concerne les étrangers, c'est-à-dire qu'il ne contient aucune disposition d'intérêt public qui s'oppose à l'application de la loi étrangère. Je fais exception naturellement pour le second mariage. Le code civil considère le mariage que contracterait l'époux présent comme un crime; et les dispositions pénales forment un statut réel, en ce sens qu'elles l'emportent sur le statut de l'étranger.

Les Belges ou les Français qui seraient domiciliés dans les Pays-Bas pourraient-ils y poursuivre la déclaration de mort? Cela dépend de l'opinion que l'on admet dans les Pays-Bas sur la nature du statut de l'absence. Je ne trouve aucune indication à cet égard dans le code des Pays-Bas ni dans ses interprètes. Le statut étant personnel, dans mon opinion, il faut admettre, comme conséquence du principe, que les étrangers seraient régis par leur loi nationale. Ils ne pourraient donc pas demander la déclaration de mort. En tout cas, les tribunaux ne pourraient pas autoriser l'époux à contracter un second mariage ; ce serait contrevenir au statut personnel de l'étranger, puisque le code français ne permet un second mariage qu'après la dissolution du premier (art. 139). Si un mariage pareil était contracté dans les Pays-Bas, fût-ce avec autorisation du tribunal, il serait nul en Belgique ; l'article 170 est formel à cet égard.

SECTION IV. Le statut des formes.

ARTICLE PREMIER. TRANSMISSION DE L'HÉRÉDITÉ.

343. Quel est le statut qui règle la transmission de l'hérédité? La loi détermine les droits des héritiers légitimes et des successeurs irréguliers ; elle permet au propriétaire de disposer de ses biens, dans les limites du disponible, par testament et par contrat de mariage. Il y a donc des successeurs légaux, testamentaires et contractuels. Comment acquièrent-ils la propriété de l'hérédité que la loi, le testament ou le contrat leur défère? Et comment en acquièrent-ils la possession? Est-ce en vertu de la loi et de plein droit? C'est le système français de la saisine. Est-ce en vertu d'une acceptation et d'une appréhension? C'est la doctrine romaine. Y a-t-il des formes prescrites dans la théorie de l'acceptation? Même dans celle de la saisine, il y a lieu à une acceptation ou à une renonciation ; quelles sont les conditions requises pour la forme de ces actes juridiques? Enfin quelle est la loi qui régit ces matières? Il importe beaucoup de le savoir. Tant que la propriété

le statut réel est inapplicable, que reste-t-il, sinon le statut personnel?

La réalité du statut de la transmission de l'hérédité suppose que la loi a pour objet direct les immeubles, sans prendre en considération les personnes. En est-il ainsi de la saisine? L'article 724 semble le dire ; si l'héritier est saisi de *plein droit*, n'en résulte-t-il pas que tout se fait par la loi seule, et que la personne n'intervient pas dans l'acquisition de la propriété et de la possession de l'hérédité? On peut hardiment répondre que cela est impossible. Notre droit ne connaît pas d'héritiers *nécessaires;* cette étrange conception était déjà répudiée par nos coutumes, qui disaient : *Nul n'est héritier qui ne veut.* Donc la volonté joue un rôle dans l'acquisition de l'hérédité, et un rôle capital, puisque celui qui ne veut pas acquérir l'hérédité n'est pas héritier. L'article 775 dit la même chose : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue. » L'acceptation est donc inséparable de la transmission de l'hérédité, et l'acceptation est un acte de volonté, le successible doit vouloir être héritier, pour qu'il le soit; s'il ne veut pas l'être, il renonce, et celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Ainsi, il n'est pas exact de dire que la transmission de l'hérédité se fait par la loi seule, elle exige le concours de l'héritier; or dès que la volonté est en jeu, il ne s'agit plus de statut ; c'est l'héritier qui décide, ce n'est pas la loi, partant le statut ne saurait être réel.

345. Je me borne pour le moment à opposer les textes à l'opinion que je combats ; j'y reviendrai, et notamment à la tradition qui seule nous fait comprendre le caractère de la saisine et par suite la nature de la loi qui la régit. Quand on s'en tient mécaniquement à la doctrine traditionnelle des statuts, on peut dire que la transmission de l'hérédité est un statut réel, par la raison décisive que, dans l'ancien droit, la succession dépendait de ce statut. Vainement opposerait-on les termes de l'article 3 du code Napoléon, lequel semble ne considérer comme lois réelles que celles qui concernent les immeubles, c'est-à-dire des biens déterminés. La cour de cassation répond, et la ré-

ponse est péremptoire, que l'article 3 consacre la tradition française, et que la tradition n'avait aucun égard à la différence qui existe entre une universalité de droit et des biens particuliers, elle réputait réelles les lois relatives aux successions, quoiqu'il s'y trouvât des droits, des actions et des dettes; cela est peu juridique, mais qu'importe? Le principe fondamental de la doctrine traditionnelle, à savoir que toute coutume est réelle, est un anachronisme de plusieurs siècles; il ne s'agit pas de discuter la tradition, il faut l'accepter telle qu'elle est. Cela est décisif.

Mais la critique a aussi ses droits et ses devoirs. Est-il vrai que la transmission de l'hérédité soit une dépendance du statut réel? La réalité appliquée à la transmission de l'hérédité est un tissu de contradictions. Dans la doctrine traditionnelle, la réalité ne s'applique qu'aux successions immobilières; les successions mobilières dépendent du statut personnel du défunt. Fera-t-on aussi cette distinction pour la saisine? La question n'a pas de sens; car il faudrait dire que l'héritier d'une succession mobilière n'est pas saisi, que partant il ne représente pas la personne du défunt, et qu'il n'est pas tenu des dettes *ultrà vires*. Autant de propositions, autant d'absurdités. Et si l'héritier n'est pas saisi de la succession mobilière, comment en acquerra-t-il la propriété et la possession? Devra-t-il se faire envoyer en possession, comme le font les successeurs irréguliers? Autant de questions, autant de réponses absurdes. Donc le statut réel ne reçoit pas d'application à la saisine, comme le prouve le texte même du code civil. Nous aboutissons à une conséquence toute contraire à l'opinion que l'on enseigne généralement, c'est que le statut est personnel, en ce sens que la volonté du successible tient lieu de loi, puisque sa volonté décide s'il s'opère ou non transmission de l'hérédité. L'étude de la saisine confirmera entièrement ces inductions tirées des textes.

D'après le code Napoléon, la transmission de la propriété ainsi que de la possession se fait de plein droit; mais avec une distinction. La propriété se transmet de

plein droit à tous les successeurs, légitimes, irréguliers, testamentaires et contractuels. La possession, au contraire, ne se transmet de plein droit, par la voie de la saisine, qu'aux héritiers légitimes, et aux légataires universels qui ne sont pas en concours avec des réservataires ; quant aux autres légataires et successeurs universels, ils n'ont pas la saisine de la possession, bien qu'ils soient saisis de la propriété. Il faut donc distinguer entre la transmission de la propriété et la transmission de la possession.

§ Ier. — *Transmission de la propriété de l'hérédité.*

346. L'article 711 du code Napoléon porte que « la *propriété* des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire ». Il n'est pas dit, dans cet article, comment se fait la transmission ; en principe, elle peut se faire de plein droit, en vertu de la loi, ou par un acte juridique dans lequel le successible intervient. Au titre des *Successions*, il n'y a qu'une seule disposition qui parle de la transmission de l'hérédité, c'est l'article 724, aux termes duquel les *héritiers légitimes* sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, tandis que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en *possession* par justice. Ces successeurs étant compris dans l'article 711, on déduit de ces deux dispositions que la loi établit une différence entre les divers successeurs en ce qui concerne la possession : les uns, les héritiers légitimes, sont saisis de plein droit de la possession, les autres ne sont pas saisis : en vertu de la loi, ils doivent se faire envoyer en possession par justice. Cette différence n'existe point quant à la transmission de la propriété : l'article 711, ni aucune autre disposition du code civil n'établissent une distinction entre les divers successeurs en ce qui concerne la propriété ; il s'ensuit que tous deviennent propriétaires en vertu de la loi. C'est le principe de notre ancien droit. En droit romain, il fallait une *adition*, c'est-à-dire une acceptation, pour que la succession entrât dans le patrimoine de celui qui y était appelé. Ce système ne fut pas admis en France, pas même dans

les pays de droit écrit. « Suivant notre droit français, dit Pothier, la *succession* est *acquise à l'héritier* que la loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déférée, c'est-à-dire, dès l'instant de la mort du défunt. Cette règle a lieu dans toutes les provinces du royaume, et quoiqu'elle soit diamètralement opposée aux principes du droit romain, elle ne laisse pas d'être suivie dans les pays de droit écrit (1). »

L'acquisition de l'hérédité se faisant dès l'instant de la mort du défunt, l'héritier l'acquérait de plein droit, donc en vertu de la loi, sans aucun acte d'*adition*, sans aucune manifestation de volonté, même à son insu, et alors que le successible n'était pas capable de vouloir. Le droit romain, au contraire, distinguait entre la *délation* de l'hérédité et l'*acquisition*. La succession était *déférée*, ou ouverte, quand le successible y était appelé, de manière qu'il pouvait l'acquérir en l'acceptant. La succession était *acquise* quand elle était entrée dans le patrimoine de l'héritier; pour cela il fallait un acte de volonté. En droit français il n'en fallait pas. C'était une dérogation au droit commun. Toute *transmission* de propriété suppose une *acquisition*, comme le dit l'article 711; or on ne conçoit pas que celui qui acquiert devienne propriétaire, sans le savoir. On ne peut pas même dire que la *loi* opère, par elle-même, la transmission de la propriété, car la succession *ab intestat* est le testament présumé du défunt; c'est donc par la volonté du défunt que l'héritier est appelé à lui succéder. Pourquoi ne faut-il pas une volonté du successible pour acquérir l'hérédité?

347. Domat rapporte la succession légitime à une copropriété de famille, et cette même copropriété explique le principe du droit français concernant la transmission de l'hérédité. « Les enfants et autres descendants, dit Domat, sont considérés comme en quelque façon maîtres des biens de leur père ou mère, ayeul ou ayeule, même avant leur mort. Et quand elle arrive, ce n'est pas tant une *succession acquise* aux enfants, qu'une *continuation d'un*

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. III, sect. II.

droit qu'ils avaient déjà, avec cette différence entre ce droit et l'hérédité, qu'au lieu que pendant la vie de l'ascendant auquel ils succèdent, ils avaient comme en part ses biens *avec lui*, et que sa possession les leur conservait, ils ont *seuls* le droit entier après cette mort. » Cette dernière idée est trop absolue; les descendants n'ont pas seuls droit aux biens, au moins quand ces biens sont des propres; les propres sont une vraie copropriété de famille, puisqu'il n'est pas permis au propriétaire d'en disposer, sauf, généralement, du *quint*, le reste était réservé à la famille. Le principe de la copropriété n'était pas limité aux descendants; il s'étendait à toute la famille : tous ceux que Dieu y fait naître participent de ses biens, comme accessoire de la vie. Il faut remonter jusqu'aux premières origines de la copropriété de famille, pour en comprendre l'importance au point de vue du droit international privé. Le chef de famille, quoique propriétaire des biens qui lui viennent de ses ancêtres ou qu'il a acquis ne peut pas en priver ses enfants par sa seule volonté : il ne peut les aliéner qu'avec le consentement de ses futurs héritiers. La propriété des immeubles ne se transférait que moyennant certaines solennités; on y faisait intervenir les *hoirs*, et cela au même titre que le possesseur actuel. Tous devaient se présenter devant le seigneur en sa cour; les hoirs abdiquaient leur droit au profit de l'acheteur, et figuraient par conséquent comme vendeurs. Quand les héritiers n'étaient pas appelés, ils avaient le droit d'agir en nullité. J'en citerai un exemple, curieux à bien des égards, de la fin du dixième siècle. Un baron fonda un monastère pour le remède de son âme, disait la formule; il le dota largement, puis il plaça une de ses filles à la tête du couvent comme abbesse. Il en avait une autre; celle-ci n'ayant pas consenti à la donation, en demanda et en obtint la nullité, personne ne pouvant, d'après la loi saxonne, disposer de ses biens sans le concours des siens (1).

(1) Voyez les témoignages dans Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, p. 137 et suiv., et p. 105 et suiv.

L'intervention des héritiers dans l'aliénation des propres n'existait plus, lors de la rédaction des coutumes; elle s'était transformée en *retrait lignager;* l'héritier avait le droit de *retraire* le propre vendu, en offrant un prix égal à celui que l'acheteur avait promis. Le *retrait* implique que le parent qui l'exerçait avait, dans le bien vendu, un droit dont le possesseur de l'héritage ne pouvait pas le dépouiller (1). Ces antiques institutions nous révèlent l'esprit du droit de copropriété et de la transmission qui se faisait à la mort du propriétaire. Est-ce la loi qui a créé la copropriété des membres d'une famille? Non, c'est la naissance de l'homme au sein d'une famille, qui lui donne droit à ses biens, comme accessoire de la vie. Telle est la théorie de Domat; il rapporte ce droit à Dieu, et avec raison. Nos coutumes disaient aussi que Dieu faisait les héritiers; aujourd'hui nous disons que c'est le sang; l'idée est la même. Ainsi s'explique ce principe des coutumes qui a passé dans notre code civil, à savoir que la propriété de l'hérédité se transmet aux héritiers de plein droit, non en vertu de la loi, mais en vertu des liens du sang, ce qui le rend personnel, au lieu de réel qu'il paraît être : car tous les droits qui tiennent à la famille sont une dépendance du statut personnel, de même que l'état des personnes, qui a son fondement dans la constitution de la famille.

348. Les Romains partaient d'un autre principe, mais qui, dans son application au droit civil international, aboutit à la même conséquence. On ne conçoit guère que la propriété se transmette sans un acte de volonté de celui qui doit l'acquérir. L'*adition* est cette manifestation de volonté. Au premier abord on pourrait croire que le principe du code civil, emprunté aux coutumes, est tout contraire. Mais il y avait encore une autre maxime dans les coutumes; elles disaient que *nul n'est héritier qui ne veut;* cette règle a passé dans notre code civil (art. 775). Cela implique que la transmission de l'hérédité se fait par un acte de volonté. Aussi le législateur, après avoir établi le

(1) Guy Coquille, *Institution au droit français* (*Du retrait lignager*, p. 89).

principe de la transmission de plein droit, traite-t-il de l'acceptation et de la renonciation. Il y a donc toujours une manifestation de volonté; seulement l'héritier se borne à confirmer ce qui se fait en vertu des liens du sang. Il peut aussi renoncer, et dans ce cas, il est censé n'avoir jamais été héritier. En définitive, c'est par sa volonté qu'il acquiert l'hérédité. Il y a donc dans le système du droit français, un mélange d'idées germaniques et d'idées romaines. L'une et l'autre conception conduisent à la personnalité du statut qui régit la transmission de la propriété de l'hérédité. Dans le système romain, cela est d'évidence, puisque tant qu'il n'y a point d'adition, l'hérédité est jacente, elle n'entre dans le patrimoine du successible que par un acte de volonté. Il faut aussi un acte de volonté, pour que l'héritier français acquière définitivement la propriété de l'hérédité à laquelle Dieu l'a appelé, en le faisant naître dans la famille où il participe aux biens. Si Dieu l'appelle, il lui donne aussi le droit de refuser. La liberté dont les Romains ne tenaient aucun compte dans la succession des héritiers *siens* et *nécessaires*, reparaît dans l'acceptation, et dans le principe que nul n'est héritier qui ne veut. Il en résulte qu'il n'y a plus rien de nécessaire ni de fatal dans la transmission de l'hérédité : la liberté, et partant la volonté humaine y jouent le grand rôle, et qu'est-ce qu'il y a de plus personnel? Donc la transmission de la propriété, personnelle dans son principe, parce qu'elle dépend du sang et de la famille, prend un caractère plus personnel encore par l'acceptation que le code exige pour que la transmission se réalise et devienne définitive. Tel est le vrai principe; nous le retrouverons dans la transmission de la possession que l'on appelle, à proprement parler, la saisine.

349. Le principe de la transmission de l'hérédité s'applique aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux héritiers légitimes. Dans la théorie du code civil, il y a trois successeurs irréguliers, les enfants et parents naturels, le conjoint survivant et l'Etat. Je laisse l'Etat de côté, parce qu'il n'est pas un vrai successeur; s'il recueille les biens, c'est parce qu'à défaut de parents, ils se trouvent sans

maître. Le conjoint est un successeur irrégulier, en ce sens qu'il n'est pas parent, mais le législateur français a eu tort de le placer au dernier rang des successeurs, alors qu'il devrait occuper le premier avec les enfants. Toujours est-il que son droit à l'hérédité est le plus puissant de tous, car il repose sur l'affection : l'enfant quitte père et mère pour suivre celui que les lois appellent son conjoint, et que Dieu lui a donné pour compléter sa personnalité en la perfectionnant. L'amour est plus fort que la mort, et plus fort que le sang, et qu'est-ce qu'il y a de plus personnel que l'affection qui de deux êtres n'en fait qu'un? Celui qui donne son âme à son conjoint lui donne par cela même ses biens qui sont l'accessoire de la vie, comme Domat le dit si bien. La loi n'a rien à voir dans ces relations intimes, sauf à y donner sa sanction; tout procède d'un sentiment essentiellement personnel; s'il y a un statut personnel, c'est celui en vertu duquel l'époux succède à son conjoint; il ne prend pas les biens, il les a. La loi confirme ce que le cœur a décidé; à cela se borne son rôle.

Les parents naturels, et avant tout les enfants, étaient fort maltraités dans l'ancien droit; ils n'avaient aucun droit : « Enfant bâtard ne succède. » Nos coutumes flamandes protestaient contre cette iniquité en disant qu'il n'y a point de bâtard de par sa mère. Le code civil leur refuse encore le titre d'héritiers (art. 756): vaine rigueur, qui n'a jamais profité à la morale. En donnant aux enfants naturels un *droit sur les biens* de leurs père et mère décédés, le code leur donne ce droit d'hérédité qu'il vient de leur refuser. Ils sont successeurs au même titre que les héritiers légitimes; et le législateur finira par leur accorder les droits des héritiers. Quant à la transmission de la propriété, le code Napoléon, quelque défavorable qu'il soit aux bâtards, ne fait aucune différence entre eux et les parents légitimes. Quoi que fassent les hommes, ils ne sauraient empêcher l'œuvre de Dieu, et c'est Dieu qui donne la vie : est-ce qu'il la donnerait aux bâtards, sans les biens qui sont l'accessoire de la vie? Il n'y a point d'inégalité, ni d'iniquité en Dieu, et celle que les hommes

ont mise dans leurs lois finira par disparaître. Ce que j'ai dit des héritiers reçoit son application à ceux que le code place en première ligne parmi les successeurs irréguliers : le principe de la transmission de la propriété est identique pour les uns et pour les autres; donc le statut est personnel. Il va sans dire que je parle en théorie. Le système du code est réaliste, et il l'est logiquement pour les parents naturels comme pour les parents légitimes.

350. L'article 711 ne fait aucune distinction entre les divers successeurs; il parle de la *succession* en termes généraux, donc de toute succession *ab intestat*, de la succession irrégulière comme de la succession légitime, de la succession anomale des donateurs, comme de la succession de droit commun. Cela a été contesté pour les enfants naturels, mais sans raison, et le débat a cessé; ils sont propriétaires de l'hérédité en vertu de la loi, pour mieux dire, en vertu du sang qui coule dans leurs veines. Pour les successeurs anomaux, il y a quelque doute, en théorie; l'ascendant donateur est un parent du sang, mais l'adoptant ne l'est point, ni les frères et sœurs légitimes des enfants naturels; ici la loi a imité la nature, en appelant à la succession, des donateurs à titre d'héritiers. Mais ce qui est une difficulté au point de vue du droit en vertu duquel les donateurs succèdent, devient un argument pour la personnalité de ce droit; en effet, la loi les appelle en vertu d'un contrat, la donation, qu'ils sont censés n'avoir consentie qu'avec une réserve, celle du retour des biens donnés, au cas où les donataires prédécéderaient sans postérité. Or, un droit fondé sur un contrat est assimilé au statut personnel; en réalité, il dépend de la volonté présumée du donateur.

351. L'article 711 mentionne encore la donation entre-vifs et testamentaire. La donation est un contrat translatif de propriété; donc la transmission se fait en vertu du consentement des parties contractantes; la loi n'y est pour rien, on reste sous l'empire du droit commun; c'est ce que l'article 938 dit en termes un peu incorrects : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties : et la propriété des objets donnés sera

transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. » Si la rédaction est mauvaise, il n'y a aucun doute sur la pensée du législateur : il ne fait qu'appliquer le droit commun, en vertu duquel la propriété est transférée par le consentement des parties contractantes, ou, comme le dit l'article 711, en termes également impropres, par l'effet des obligations. Je renvoie, pour les petites difficultés de texte, à mes *Principes de droit civil*.

352. L'article 711 met sur la même ligne les dispositions testamentaires et la succession *ab intestat*, en ce qui concerne la transmission de la propriété des biens légués. Ce principe est reproduit par l'article 1014 : « Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. » *Tout legs*, dit la loi, donc le legs universel, le legs à titre universel, et le legs à titre particulier. Le code ne distingue pas entre ces divers legs, et il n'y avait pas lieu de distinguer; en effet le legs a pour objet de transférer la propriété, de même que la donation entre-vifs; les Romains l'appelaient une donation. Le légataire devient donc propriétaire en vertu de la volonté du testateur; on doit y ajouter la sienne, car il faut une acceptation pour le legs, comme pour la donation. Il y a donc, dans tous les cas, un concours de consentement, ce qui conduit de nouveau à la conclusion, que le statut de la transmission de la propriété est personnel, qu'il se fasse par legs, par donation ou par succession; la volonté de l'homme intervient toujours.

353. L'article 711 parle de la donation entre-vifs; il y a une autre donation, celle des biens à venir, qui comprend les biens que le donateur laissera à son décès; on l'appelle aussi institution contractuelle. Le donataire est un héritier institué par contrat. Comment et quand acquiert-il la propriété de l'hérédité? Il faut distinguer : le droit à l'hérédité, il l'acquiert dès que la donation est parfaite, c'est le droit commun. Quant à la propriété des biens, elle ne se transmet pas au moment de la donation, puisque le donateur donne les biens qu'il laissera à son décès; le donataire les acquiert à la mort du donateur; à

ce moment la succession contractuelle s'ouvre, et le donataire est assimilé à un héritier *ab intestat*, il peut accepter l'hérédité ou la refuser. Ainsi tout, en cette matière, dépend de la volonté des parties, la donation se parfait par leur consentement, et l'institution contractuelle se réalise par la volonté du donataire. Il faut donc dire de l'institution contractuelle ce que j'ai dit des successions *ab intestat* et testamentaire, elle dépend du statut personnel, et pour mieux dire de l'autonomie des parties contractantes.

354. Tels sont les principes du code civil en ce qui concerne la transmission de la propriété de l'hérédité : que la succession soit déférée par la loi, par testament ou par contrat, dans tous les cas, la propriété se transmet et s'acquiert par la volonté de l'homme. Faut-il encore demander si le statut de la transmission est réel ou personnel? Quel rapport y a-t-il entre la volonté et la situation des biens? Sans doute, si l'on applique la doctrine des statuts mécaniquement, il faut dire : la transmission de la propriété concerne les immeubles, or l'article 3 du code civil, conformément à la tradition, dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Je me soumets à la décision, puisque je suis tenu de respecter le texte et la tradition qu'il reproduit, notamment en ce qui concerne la succession. Mais je proteste, au nom de la raison et des principes, contre la doctrine traditionnelle. On convient que l'acceptation de l'hérédité procède du statut personnel, et il est difficile de le nier (n° 343), puisque l'acceptation n'est autre chose que la manifestation de la *volonté* d'être héritier, et l'on n'a pas encore essayé de *réaliser* la volonté, elle échappe à toute tentative que l'on ferait de la restreindre dans de certaines limites, celles d'un territoire; elle ne se laisse pas emprisonner, car elle est libre de son essence, et elle étend son empire partout. Or la volonté intervient nécessairement dans la transmission de l'hérédité. Je viens de le démontrer. J'ajouterai une considération qui doit être décisive pour les réalistes.

Dans l'ancien droit, on considérait l'acceptation de l'hé-

rédité comme un quasi-contrat; or, ce qui caractérise les quasi-contrats, c'est que la volonté de l'homme y intervient, quoiqu'il n'y ait pas de concours de consentement; il dépend du successible de former le quasi-contrat ou de ne pas le former; pour qu'il se forme, il faut qu'il accepte la succession, car nul n'est héritier qui ne veut. Cela est-il seulement vrai de l'acceptation? On a essayé de séparer la saisine, ou la transmission qui se fait en vertu de la loi, de l'acceptation qui se fait par le successible (n° 343). La distinction est fausse; en effet, sans acceptation, il ne se fait pas de transmission de l'hérédité. Cela est si vrai que, si le successible reste dans l'inaction pendant trente ans, il devient étranger à l'hérédité, son droit est prescrit, il ne peut plus l'exercer. Donc il n'est pas exact de dire qu'il était propriétaire de l'hérédité, car la propriété ne s'éteint pas par l'inaction du propriétaire, il a le droit de ne pas faire acte de propriété. Pourquoi, après trente ans, est-il déchu de l'hérédité? C'est qu'il n'était réellement pas propriétaire, il avait seulement le droit de le devenir en l'acceptant; or tout droit doit être exercé dans les trente ans, et s'il n'est pas exercé dans ce délai, il s'éteint. Telle est, dans mon opinion, le sens de l'article 789; je renvoie à mes *Principes de droit civil* (t. IX, n°s 481-498). Ici, il me suffit de constater la conséquence qui résulte de l'article 789 : le successible ne devient propriétaire que par l'acceptation, et cette acceptation est un acte de volonté; donc la transmission et l'acquisition de l'hérédité dépendent de la volonté du successible, ce qui exclut la réalité du statut.

Je dis que la réalité du statut, fondée sur l'article 3 du code civil et sur la tradition, est une application mécanique de la doctrine traditionnelle. Pourquoi disait-on jadis que toute coutume est réelle? On entendait par là qu'elle était souveraine, c'est-à-dire que la souveraineté était intéressée, comme l'explique Portalis, à gouverner toutes les parties du territoire. Or, où est l'intérêt de la puissance souveraine dans la question que je discute? Le droit romain veut l'*adition* pour que l'héritier acquière la succession. Le droit français admet, avec les coutumes, que la propriété de l'hérédité est acquise *sans adition*, mais il

exige aussi que cette transmission soit confirmée par une acceptation. Dans les deux systèmes, il y a donc une manifestation de volonté; ce qui est décisif pour la nature du statut. Je le demande maintenant : quel est l'intérêt de la puissance souveraine à ce que l'*acceptation* suive la transmission de l'hérédité, ou que l'*adition* la précède? Le débat est purement d'intérêt privé, donc il est personnel. La souveraineté est hors de cause, donc le statut ne peut être réel.

§ II. — *Transmission de la possession de l'hérédité.*

N° 1. LA SAISINE DES HÉRITIERS LÉGITIMES.

355. Aux termes de l'article 724, les héritiers sont *saisis* de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Qu'est-ce que le code civil entend par cette *saisine?* Dans mon opinion, qui est aussi celle que l'on suit généralement, la *saisine* est la transmission de la possession; le texte même de l'article 724 prouve que tel est le sens de la loi, car il ajoute que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer *en possession* par *justice;* c'est dire qu'ils n'ont pas la saisine que la loi accorde aux héritiers légitimes, partant la saisine concerne la possession. Le code dit en d'autres termes : les héritiers légitimes ne doivent pas se faire envoyer en possession, pour posséder l'hérédité, ils ont cette possession de plein droit; tandis que les successeurs irréguliers n'ayant pas la saisine doivent demander l'envoi en possession à la justice. Cependant la plupart des auteurs anciens qualifient aussi de *saisine* la transmission de la *propriété* de l'hérédité; c'est une confusion de langage, qu'il faut éviter, car elle conduit à dire que les successeurs irréguliers ont la saisine et qu'ils ne l'ont pas. Il faut dire, au contraire, qu'ils n'ont pas la saisine, puisque l'article 724 la leur refuse, mais ils ont la propriété de l'hérédité en vertu de l'article 711; preuve qu'autre chose est la saisine, c'est-à-dire la transmission de la possession, et autre chose la transmission de la propriété.

La saisine que l'article 724 accorde aux héritiers légitimes, est un principe du droit coutumier. On lit dans la coutume de Paris : « Le *mort saisit* le *vif*, et son hoir le plus proche et habile à lui succéder. » Voici comment Pothier explique cette règle qui joue un si grand rôle dans la matière des successions : « Le *mort*, c'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit, à l'instant de sa mort, qui est le dernier de sa vie, *saisit*, c'est-à-dire, est censé *mettre en possession* de tous ses biens, droits et actions, le *vif*, *son hoir plus proche*, c'est-à-dire celui qui lui survit et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier. » Il résulte de là une conséquence qui paraissait étrange aux légistes élevés dans le droit romain : l'héritier acquérait la possession, sans poser aucun fait, sans avoir aucune intention ni volonté de l'acquérir, donc sans aucune des conditions requises pour acquérir la possession. Les interprètes du droit romain trouvaient la saisine tellement absurde, qu'ils supposaient que l'ignorance l'avait introduite : on l'a ramassée dans la rue, dit Cujas (1). Les coutumiers étaient très embarrassés pour en expliquer l'origine et le fondement juridique; Ferrière se contente de dire que la règle est si ancienne, qu'on ne peut pas dire quand elle a commencé (2). Bien moins encore nous dit-on la raison de cette règle, si vieille que l'on en ignore l'origine. Il faut cependant la savoir, si l'on veut déterminer avec quelque certitude la nature du statut qui investit de plein droit les héritiers légitimes des biens, droits et actions du défunt.

356. Les auteurs que j'ai cités en commençant cette Etude ne s'occupent pas spécialement de la saisine de la possession; ils semblent la confondre avec la saisine de la propriété. Cette confusion même, qui était assez générale dans l'ancien droit, témoigne contre la réalité du statut. Rien ne paraît plus simple, à première vue, que de dire avec la cour de cassation que tout ce qui concerne les successions dépend du statut réel. Je n'entends pas

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 268.
(2) Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. IV, p. 681, n° 5.

contester la tradition, ni m'insurger contre elle, en faisant dire au code civil (art. 3) le contraire de ce que dit la doctrine traditionnelle, qu'il a voulu maintenir. J'admets donc qu'en droit français la saisine de la possession forme un statut réel, aussi bien que la saisine de la propriété. Mais je demande si cette doctrine est en harmonie avec les principes, tels même qu'ils étaient enseignés dans l'ancien droit. On dit aujourd'hui que la saisine de la possession est légale, en ce sens qu'elle est l'effet de la loi, de sorte que le fait de l'homme n'y est pour rien; l'héritier devient possesseur sans qu'il le sache, et sans qu'il le veuille. C'est cette fiction qui révoltait Cujas : cela est faux, dit-il, de toute fausseté, parce que cela est impossible (1). Cujas oublie qu'il s'agit d'une fiction; les fictions sont toujours absurdes, puisqu'elles sont contraires à la réalité des choses. Elles ont néanmoins une raison d'être, car le législateur ne consacre pas des absurdités pour le plaisir de dire des choses absurdes. Il était reçu que l'héritier acquérait la propriété de plein droit, même sans le savoir et sans le vouloir : pourquoi n'en serait-il pas de même de la possession? On objecte que la possession est de fait et exige un fait. Cela est vrai; mais la fiction peut suppléer au fait, comme au droit. Pothier vient de nous dire (n° 355) comment la fiction procède : au dernier instant de sa vie, qui est aussi celui de sa mort, le défunt met lui-même son héritier présomptif en possession des biens; il l'*ensaisine* par une tradition fictive; l'héritier devenant propriétaire à ce moment, il est assez naturel qu'il acquière aussi l'exercice de la propriété, la possession, et tous les droits qui y sont attachés. Que la fiction soit étrange, et qu'elle conduise à des conséquences étranges, qu'importe? Il en est ainsi de toute fiction. Prenons-la telle qu'elle est; il en résulte que la volonté joue un rôle dans la saisine de la possession, comme dans la saisine de la propriété; c'est par la volonté du défunt que l'héritier est investi de la possession ; celle-ci passe d'une tête à l'autre, ce qui, dans le système de la copropriété de

(1) « *Plane falsum est* », sur Paul, *Ad edictum*, L. XXX, tit. XII, IV, 6.

famille, n'était pas aussi absurde que le croyait Cujas, à qui cette idée était étrangère. L'héritier et le défunt étaient copropriétaires ; seulement pendant la vie du copropriétaire actuel, celui-ci avait seul l'exercice de la propriété, c'est-à-dire la possession ; au moment de mourir il transporte cette possession à son héritier présomptif, celui-ci n'a pas besoin pour cela d'appréhender la chose, ni d'accepter la saisine, il y a consenti d'avance, comme copropriétaire appelé à succéder à celui qu'il remplace. Voilà la théorie de la fiction : les deux saisines, celle de la propriété et celle de la possession n'en font réellement qu'une. Cela conduit à une conséquence très importante dans notre débat ; c'est que le statut de la saisine n'est ni personnel ni réel, il procède de Dieu d'abord et du sang, puis de la volonté de l'homme ; il doit donc produire son effet sur tous les biens, quelle que soit leur situation : le lieu où les biens sont situés ne détermine ni la volonté de Dieu ni celle de l'homme.

357. Les auteurs allemands, qui aiment à rechercher les origines des institutions, ont essayé de découvrir dans les coutumes des Germains la source de la saisine. Je doute qu'ils aient réussi. Zachariæ, le savant professeur de Heidelberg, croit que la saisine découle de la copropriété ; en principe cela est impossible, car autre chose est la propriété, autre chose est la possession. En fait, la propriété et la possession étaient peut-être confondues chez les Germains ; mais il est toujours difficile de comprendre que les parents copropriétaires aient aussi été copossesseurs, ce qui implique qu'ils auraient eu l'exercice des droits que nous attachons à la propriété. Cela est à peu près impossible, à moins que la copropriété n'ait été une communauté, ce que l'on n'a jamais soutenu. Un autre professeur de Heidelberg, M. Renaud, rapporte la saisine à la garantie familiale, c'est-à-dire à la garantie solidaire de tous les membres de la famille. En supposant que cette garantie solidaire ait existé, il resterait à établir le lien qui existe entre cette antique constitution de la famille et la saisine, et j'avoue que je ne l'aperçois pas (1).

(1) Je renvoie, quant aux détails, à mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 268, n° 220.

Je crois que les légistes allemands font fausse route en cherchant dans l'ancien droit germanique l'origine des institutions du droit français. On peut admettre que les coutumes plongent leurs racines jusque dans les forêts de la Germanie, mais il faut y ajouter cette grave restriction que le régime féodal leur a donné une empreinte particulière; ainsi la règle qui joue un si grand rôle dans le droit civil international, que toute coutume est réelle, ne vient pas du droit germanique, tel qu'il a été écrit dans les lois des Barbares; elle date de la féodalité, et ne s'explique que par le régime féodal. N'en serait-il pas de même de la saisine? Je ne veux pas créer un système après ceux que les Allemands ont imaginés; les origines sont toujours obscures, et elles le deviennent de plus en plus, à mesure que nous nous écartons du droit féodal dont nous connaissons si peu les détails. Ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de constater les faits qu'il est possible d'établir avec quelque certitude. Le fief était une propriété d'une nature particulière, et cette propriété était la condition générale du sol, là où régnait la maxime, *nulle terre sans seigneur*. Savigny compare le droit du vassal à celui de l'usufruitier; la comparaison cloche, mais elle a ceci de vrai que, dans le principe, les fiefs n'étaient pas héréditaires, et l'hérédité a toujours été imparfaite. Tout possesseur du sol, vassal et serf se dessaisissait à sa mort de ses biens, entre les mains du seigneur; celui-ci en accordait une nouvelle investiture à l'héritier, moyennant foi et hommage. La première forme de la saisine fut donc celle du seigneur : elle comprenait, tout ensemble, la propriété et la possession. En ce sens, le Grand Coutumier de Charles VI dit que *le serf mort saisit le seigneur vif;* c'est presque la formule, que *le mort saisit le vif*. Une chose est à noter dans la solennité de l'investiture, c'est qu'elle se faisait par voie de contrat. Tout le régime féodal reposait sur l'idée d'un contrat qui intervenait entre le seigneur et le vassal, et même entre le seigneur et le serf : ainsi la volonté des deux parties était requise pour saisir l'héritier, qui, par la mort de son auteur, était dessaisi. La volonté étant un élément essentiel de la saisine féo-

dale, les légistes, ennemis-nés de la féodalité, en tirèrent une conséquence qui ruinait le système, c'est que le défunt devait aussi intervenir dans la convention, pour se dessaisir; et si sa volonté était une condition de la saisine, il fallait admettre qu'il entendait saisir son héritier plutôt que le seigneur. Dans cet ordre d'idées, l'intervention du seigneur n'était plus qu'une forme. Desmares dit, dans ses Décisions, n° 234 : « *Mort* saisit son *hoir* vif, combien que particulièrement il y ait coutume locale où il faut nécessairement *saisine du seigneur.* » La *coutume* était la *tradition féodale;* la *saisine* de l'*héritier* était l'innovation introduite par les légistes (1).

La saisine fut d'abord de droit, et non de fait. Ici surgit la grande difficulté. On lit dans le *Grand Coutumier* (II, 21) : « Si notoirement il appert de la ligne et du lignage, le successeur en est du tout *saisi de droit*, il ne lui est nécessaire d'aller ni au seigneur, ni au juge, ni autre; mais de *son autorité* se peut de *fait ensaisiner*, et à lui est nécessaire cette *appréhension de fait*, avant qu'il se puisse avoir entière saisine. » C'est l'idée romaine, si juste, qu'il ne saurait y avoir de possession sans une appréhension de fait; la *saisine de droit* autorisait seulement l'héritier à appréhender les biens. Comment la saisine de droit devint-elle une saisine de fait, sans aucune appréhension? Nous l'ignorons.

Les faits que je viens de constater ont une grande importance dans notre débat. Dans la saisine du seigneur la convention, et, partant, la volonté de l'homme domine; donc, pour me servir d'un terme qui alors était inconnu aussi bien que la chose, le statut de la saisine était personnel, ou, pour parler plus exactement, la transmission de la possession procédait de l'autonomie des parties. La saisine de droit ne changea pas l'essence des choses; elle fit seulement intervenir le *mort*, lequel était censé investir le vif; mais s'il pouvait lui transmettre la possession de droit, pourquoi n'aurait-il pas pu l'ensaisiner de fait?

(1) De Laurière, *Notes sur les Institutes coutumières* de Loysel (t. Ier, p. 315-317, édit. de Laboulaye) et les auteurs qui y sont cités.

Toujours est-il que la volonté de l'homme domine dans toutes les transformations de la saisine, et partant le statut de la saisine ne saurait être réel.

358. Les auteurs du code civil n'étaient pas des savants et se préoccupaient très peu de l'origine des choses. Ils consacrèrent la saisine telle qu'ils la trouvaient dans Pothier. Il n'y a que Chabot qui nous dise quel est le fondement rationnel de la saisine. La difficulté est grande. Les héritiers légitimes seuls sont saisis; ils peuvent se trouver en concours soit avec des enfants naturels, soit avec des légataires universels ou à titre universel; les successeurs irréguliers et les légataires ne sont pas saisis, ils doivent se faire envoyer en possession ou faire une demande en délivrance. Quelle en est la raison? Les usages de la féodalité n'expliquent certainement pas cette singularité : à cette époque les bâtards ne succédaient point, et l'on ne faisait de legs que pour œuvres pies. Le code donne la possession aux successeurs dont le droit est certain et qui ont intérêt à conserver l'hérédité. Tels sont les héritiers légitimes; leur droit est écrit dans leur sang, et ne saurait être contesté; le droit des légataires, au contraire, est sujet à contestation; il tombe, quand le testament est attaqué et annulé, et, dans ce cas, les héritiers légitimes prennent tous les biens; ceux-ci ont donc toujours intérêt à les conserver. Quant aux enfants naturels, ils ne succèdent que s'ils sont reconnus, et leur reconnaissance peut aussi être attaquée; d'ailleurs n'étant pas héritiers, la maxime coutumière devient inapplicable; le défunt ne peut pas saisir des successeurs qui ne sont pas ses *hoirs* (1).

Telle est la théorie rationnelle de la saisine. Elle explique l'ordre que la loi suit en la déférant. Régulièrement c'est l'héritier légitime qui est saisi, quand même il est en concours avec un légataire universel. Il en est toujours ainsi quand l'héritier est réservataire; dans ce cas, son droit est certain et inattaquable, tandis que le droit du légataire est sujet à contestation et à annulation. S'il

(1) Chabot, *Commentaire du titre des Successions*, t. Ier, p. 37, n° 10 de l'article 724.

n'y a pas de réservataire, le légataire universel est saisi de préférence aux héritiers légitimes. Cette disposition du code civil est une transaction entre les coutumes et le droit romain. Dans le système des coutumes, Dieu seul fait des héritiers, l'homme ne le peut; donc l'héritier du sang devait toujours avoir la saisine, parce qu'il est seul *l'hoir le plus proche*. Les légistes des pays de droit écrit réclamèrent vivement contre une conception qui était étrangère au droit romain: quand le testateur a institué un légataire universel, ce légataire est le vrai héritier qui prend tous les biens, il doit donc être saisi. Le réservataire seul a la préférence. Cela n'est pas logique, mais il ne faut pas chercher la logique dans les transactions. Si le défunt n'a fait que des legs à titre universel et à titre particulier, les héritiers légitimes, quoiqu'ils puissent être de fait exclus de l'hérédité, ont néanmoins la saisine, parce qu'eux seuls ont intérêt à la conservation de tout le patrimoine (1)

359. Reste à savoir quel est le statut qui détermine l'ordre de la saisine? Dans l'opinion que j'ai proposée, c'est le statut personnel du défunt; car la saisine dépend tout ensemble des liens du sang, et de la volonté du défunt: du sang, en ce qui concerne le droit des réservataires: de la volonté du testateur, s'il institue un légataire universel. Or le sang et la volonté ne dépendent pas de la situation des biens, donc c'est l'élément personnel qui domine dans la transmission de la possession, ce qui est décisif. La question n'est pas sans importance, car l'ordre dans lequel la saisine est déférée n'est pas le même dans toutes les législations. Ainsi le code des Pays-Bas et le code d'Italie se sont écartés du système français. Le législateur néerlandais a rejeté la distinction entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers. L'Etat seul est un successeur exceptionnel; à vrai dire, il n'est pas appelé à l'hérédité; s'il prend les biens, c'est parce qu'ils sont sans maître; à ce titre il doit demander l'envoi en possession, afin qu'il soit constaté qu'il n'y a point d'héritiers. Les enfants

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 279, n° 229.

naturels et le conjoint étant assimilés aux héritiers, il en faut conclure qu'ils ont la saisine. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans le système du code italien qui répare l'oubli étrange du code français en donnant un rang d'honneur à l'époux survivant; quant aux légataires, il suit le principe romain, en les assimilant aux héritiers, donc tous doivent avoir la saisine (art. 925). Ce système est plus favorable aux légataires et aux successeurs irréguliers; et il est aussi plus juste. Le code Napoléon met les successeurs non saisis à la merci des héritiers légitimes; ceux-ci pouvant se mettre immédiatement en possession dès l'ouverture de la succession, et n'étant tenus à aucune mesure conservatoire, ni scellés, ni inventaire, et à aucune garantie, ni caution, ni emploi des deniers, rien ne leur est plus facile que de détourner les valeurs héréditaires et de dépouiller les légataires et les successeurs irréguliers. Les nouveaux codes donnent des garanties égales à tous les successeurs *ab intestat* et testamentaires. Il importe donc beaucoup de savoir si les successeurs néerlandais ou italiens peuvent réclamer, dans les successions ouvertes en France, les droits que leur assure leur loi nationale (1). D'après ce que je viens de dire, l'affirmative n'est guère douteuse en théorie. Mais il n'en est pas de même au point de vue du droit positif. Ne peut-on pas leur objecter en France le principe traditionnel, consacré par la cour de cassation, à savoir que tout est réel en matière de succession? J'ai toujours accepté la tradition française comme une loi; mais, dans l'espèce, il y a doute. Les auteurs du code ont dérogé à la tradition: les coutumes ne donnaient jamais la saisine au légataire universel, elles ne lui reconnaissaient pas la qualité d'héritier; tandis que le code civil accorde la saisine au légataire universel dès qu'il n'y a pas de réservataire; ainsi l'héritier de l'homme a la préférence sur l'héritier de Dieu. L'innovation est considérable: elle introduit la volonté de l'homme là où régnait jadis la volonté de la loi, organe

(1) Code des Pays-Bas, art. 880, 1001 et 1002. Asser, *Het nederlandsch burgerlijk wetboek*, p. 294, § 435.

de la volonté de Dieu. Ne faut-il pas tenir compte de cette révolution, car c'en est une? C'est mon avis. Dès que la volonté de l'homme intervient, il ne saurait plus être question du statut réel, fondé sur la situation des biens. En instituant des légataires universels ou à titre universel, le testateur néerlandais ou italien leur confère par cela même la saisine, ce qui est décisif; ils doivent l'avoir partout, puisqu'ils la tiennent, non de la loi, mais de la volonté de l'homme, et la volonté ne connaît pas la limite des territoires; elle n'est pas arrêtée, et bien moins encore déterminée par la situation des biens.

360. Le code civil donne la saisine au légataire universel quand il n'est pas en concours avec des réservataires. En faut il conclure qu'il peut lui-même, et en vertu du testament, se mettre en possession des biens? L'héritier légitime le peut, parce que son droit est certain, il est écrit dans son sang et dans la loi. Il n'en est pas de même de l'héritier testamentaire; son droit résulte du testament, il faut donc voir si cet acte lui donne le droit d'agir. Cela dépend de la forme du testament. Est-il authentique, le légataire peut prendre possession des biens sans être tenu de remplir aucune formalité; il a un titre exécutoire, il le met à exécution : c'est le droit commun, voilà pourquoi la loi n'en parle pas. Mais que faut-il dire du légataire néerlandais ou italien? peuvent-ils invoquer en France le testament authentique dressé dans les Pays-Bas ou en Italie? Non, car les actes reçus à l'étranger n'ont pas d'exécution en France, jusqu'à ce qu'ils aient été rendus exécutoires par un tribunal français: or, dans l'espèce, il s'agit d'exécuter un testament étranger, par la mise en possession de l'héritier institué; donc il faut que l'acte soit rendu exécutoire. Quant au principe, je renvoie à ce que j'ai dit, dans le cours de ces Études, sur l'exécution des jugements étrangers (1).

361. La situation du légataire est bien différente quand il est institué par un testament olographe ou mystique, c'est-à-dire par un acte sous seing privé, auquel aucune

(1) Voyez plus haut, p 150, nos 84 et suiv.

foi n'est attachée, et qui n'a aucune force exécutoire. On ne peut permettre au légataire de se mettre en possession, en vertu d'un testament dont rien ne garantit la vérité, en présence des héritiers légitimes qui sont saisis de plein droit. Il faut que la justice intervienne. De là les mesures prescrites par le code Napoléon. Aux termes de l'article 1007, tout testament olographe, avant d'être mis à exécution, est présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Le testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dresse procès-verbal de la présentation et de l'ouverture, et il en ordonne le dépôt entre les mains du notaire par lui commis. On suit des formes analogues quand le testament est mystique. L'article 1008 ajoute que le légataire universel, quoique saisi, est tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président.

Le légataire étranger doit-il remplir les mêmes formalités? Il n'y a aucun doute si la succession s'ouvre en France; il s'agit de mesures d'exécution qui tiennent à la force exécutoire des actes et à la procédure; or, ces règles sont une dépendance du droit public. Si la succession s'ouvre à l'étranger, c'est le président étranger qui devra remplir les formalités prescrites par la loi locale; mais son ordonnance devra être rendue exécutoire en France. C'est l'application du droit commun. Le statut personnel est ici hors de cause; le statut territorial doit recevoir son exécution dès qu'il s'agit du droit public. Si la loi étrangère ne prescrivait pas de formes analogues à celles du code Napoléon, le légataire devrait s'adresser en France au président du tribunal dans lequel les biens sont situés. Je n'entre pas dans les détails des législations étrangères, ils me conduiraient trop loin.

Le principe que je viens de rappeler a été consacré par un arrêt de la cour de cassation. Dans l'espèce, le président du tribunal de l'île Maurice avait rendu une ordonnance qui envoyait le légataire en possession des biens situés en France. Le tribunal de Rennes et, sur appel, la cour refusèrent de déclarer l'ordonnance exécutoire, parce

que le légataire était Français, et que sa mise en possession aurait dû se faire par un tribunal français. Pourvoi fondé sur ce que le tribunal, tout en refusant de rendre exécutoire une ordonnance incompétemment rendue, aurait dû lui-même envoyer le légataire en possession. La chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet, fondé sur ce que le code civil charge le président, et non le tribunal, de prononcer l'envoi en possession ; le tribunal était donc incompétent, le légataire devait s'adresser au président (1).

362. L'enfant naturel étant un successeur irrégulier n'a point la saisine. Il ne l'a pas même comme réservataire, parce que la loi ne la lui donne pas, et il ne peut l'avoir en vertu des principes, puisque la saisine n'appartient qu'à ceux auxquels le code civil l'accorde ; or, il ne la confère qu'aux réservataires, qui sont héritiers légitimes (2). Le code italien n'a pas admis cette doctrine ; il donne à l'époux survivant et à l'enfant naturel des droits d'usufruit ou de propriété que le défunt ne peut pas leur enlever ; et, en conséquence, il dispose que le conjoint et les enfants naturels jouissent des mêmes droits et des mêmes garanties qui appartiennent aux légitimaires ; donc ils ont la saisine. L'auraient-ils en France, pour les biens qui y sont situés? Oui, si l'on admet la personnalité du statut ; non, si l'on répute le statut réel. Dans mon opinion, le statut est personnel, en ce qui concerne la saisine des légataires, puisqu'elle procède de la volonté du testateur ; mais, dans la succession *ab intestat*, c'est la loi qui donne ou refuse la saisine, et il n'appartient pas même au testateur d'en changer l'ordre, sauf indirectement en instituant un légataire universel. L'enfant naturel, à ce titre, n'aurait donc pas la saisine, dans le système de la tradition française. L'aurait-il, comme légataire universel? Dans mon opinion, il faut répondre affirmativement, car l'enfant ne réclame pas la saisine comme bâtard, il la réclame comme héritier testamentaire. Dès lors, le statut personnel est applicable.

(1) Rejet, 9 mars 1853 (Sirey, 1853, 1, 269).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 40, n° 39.

363. Il y a encore une succession contractuelle, c'est celle à laquelle est appelé le donataire des biens à venir par contrat de mariage. A-t-il la saisine? La question est controversée, comme tout ce qui concerne la transmission de la possession, que l'on confond d'ordinaire avec la transmission de la propriété. Il y a un principe qui domine cette matière, c'est que la saisine est une fiction; la possession ne se conçoit pas sans appréhension; elle ne peut donc pas se transmettre de plein droit. Le code civil consacre cette fiction en faveur des héritiers légitimes, et tous les motifs que l'on donne pour l'expliquer impliquent qu'il s'agit des parents que le sang appelle à succéder au défunt, lequel est censé les saisir lui-même de ses biens. Cela est décisif. On n'étend pas les fictions, ce serait créer ce que la loi seule a le droit d'établir. Il a fallu une décision du législateur (art. 1008) pour donner la saisine au légataire universel, quand il n'est pas en concours avec des réservataires. Je conclus que les donataires par contrat de mariage ne sont pas saisis, parce que la loi ne leur donne pas la saisine (1).

364. Quels sont les effets de la saisine? L'article 724 dit que les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt : c'est la reproduction de l'adage coutumier, que le mort saisit le vif et son hoir le plus proche. Dumoulin explique ce que cela veut dire : « Quand les coutumes disent que le mort saisit le vif, cela signifie que la possession du défunt se continue après sa mort dans la personne de son héritier. La possession de l'héritier n'est donc pas une possession nouvelle ni autre ; elle est absolument et identiquement la possession telle que le défunt l'avait à l'instant de sa mort (2). »

Il en est tout autrement dans les pays qui sont régis par le droit écrit ; les héritiers n'acquièrent pas même la propriété de plein droit; ils ne deviennent propriétaires que par l'adition; quant à la possession, ils ne peuvent l'acquérir que par l'appréhension. De là l'intérêt de la

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, p. 277, n° 237.
(2) Dumoulin, sur l'article 318 de la *Coutume de Paris*.

question de savoir si le statut de la saisine est personnel ou réel. Est-il personnel, l'héritier français sera saisi de plein droit de la possession des biens, même dans les pays qui ignorent la saisine, tandis que l'héritier d'un pays de droit écrit n'aura pas la saisine en France. Il en est tout autrement si la saisine dépend du statut réel. L'héritier étranger, quoique n'étant pas saisi en vertu de sa loi personnelle, aura la saisine en France pour les biens qui y sont situés, tandis que l'héritier français ne l'aura pas dans les pays de droit écrit. J'ai répondu d'avance à la question. Nous allons voir les conséquences qui résultent du système de la réalité, qui est celui de la tradition française.

L'héritier saisi a la possession de plein droit, il n'a pas besoin de s'adresser à la justice, il est possesseur sans manifestation de volonté, sans appréhension. Par cela seul que l'héritier a la possession, il a aussi l'administration, c'est-à-dire qu'il peut faire les actes juridiques qui concernent la possession : telles sont les actions possessoires. L'héritier français qui a ces actions pour les biens situés en France, ne les a pas dans les pays de droit écrit, où la saisine n'existe pas, jusqu'à ce qu'il ait rempli les conditions requises pour l'exercice des actions. On voit que, dans le système de la réalité, la saisine n'atteint pas son but : le défunt veut mettre l'héritier en possession des biens, afin qu'il les conserve ; l'héritier pourra, à la vérité, conserver les biens français, il ne pourra pas conserver les biens étrangers ; ce qui est une contradiction logique.

L'héritier a les actions du défunt, mais il ne suffit pas qu'il soit propriétaire de l'hérédité pour pouvoir les exercer, il doit être possesseur pour agir en justice ; il aura ce droit en France, il ne l'aura pas en pays de droit écrit. Par contre, l'héritier romain, quoique non saisi, pourra agir en justice en France. C'est une de ces absurdités qui révoltaient Cujas : elles ne doivent pas nous étonner, puisque la réalité des statuts abonde en conséquences absurdes, quand on l'applique dans les relations d'intérêt privé. Je le constate à chaque pas : c'est une justification de la

doctrine moderne, qui admet que le statut des successions est personnel.

L'héritier saisi continue la personne du défunt, et, à ce titre, il est tenu des dettes *ultra vires*. Cela résulte du texte de l'article 724, quoiqu'il y ait controverse. Dans la théorie romaine, l'héritier volontaire n'acquiert l'hérédité que par l'adition, et, cependant, il est censé continuer la personne du défunt dès l'instant où la succession est ouverte. Peu importe donc que l'héritier ait la possession ou qu'il ne l'ait pas: les auteurs du code civil ont eu tort de rattacher à la possession un effet qui y est étranger. Il résulte du système français une conséquence très grave, et qu'il est impossible de concilier avec les vrais principes, c'est que les héritiers saisis sont seuls tenus des dettes *ultra vires*, les successeurs non saisis n'en sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent. J'y reviendrai.

On dit ordinairement que l'héritier saisi a droit aux fruits, même des biens qu'il doit remettre aux successeurs non saisis. A mon avis, cela n'est pas exact. Les fruits appartiennent, non au possesseur, mais au propriétaire. Ce n'est que par exception que les héritiers gagnent les fruits des biens qu'ils doivent délivrer aux légataires; encore cette exception ne s'étend-elle pas aux légataires à titre universel, si l'on s'en tient, comme on le doit, au texte de la loi (1).

Quant aux effets qui ne dépendent pas de la possession, la question de savoir si le statut de la saisine est réel ou personnel est indifférente. On reste dans les termes du droit commun qui régit la possession. J'y reviendrai en traitant des droits patrimoniaux. C'est là qu'est le siége de la matière, en ce qui concerne le droit aux fruits. Quant à la continuation de la personne du défunt, elle tient à l'essence même du droit héréditaire: c'est l'objet principal du débat qui divise les légistes anglo-américains et les jurisconsultes allemands et italiens. J'ai exposé

(1) Voyez, sur les effets de la saisine, mes *Principes de droit civil*, t. IX, nos 223-227.

cette controverse dans le cours de ces Etudes : je renvoie aux longs développements que j'y ai consacrés. (T. II, nos 129-131.)

N° 2. DE LA TRANSMISSION DE LA POSSESSION AUX SUCCESSEURS NON SAISIS.

I. *Des successeurs* ab intestat.

365. Aux termes de l'article 724, « les enfants naturels, l'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées ». Les auteurs du code civil se sont écartés, en cette matière, de l'ancien droit, sans que l'on sache d'une manière précise quel était l'ancien droit. Et l'on n'est pas d'accord non plus sur la question de savoir pourquoi les successeurs irréguliers n'ont pas la saisine. A mon avis, la réponse se trouve dans les motifs qui ont fait accorder la saisine aux héritiers légitimes. Leur droit est certain, puisqu'il est écrit dans la loi et dans leur sang : ils sont appelés à conserver l'hérédité, et l'on ne saurait avoir de meilleurs gardiens que ceux auxquels les biens appartiennent (nos 358 et 364). Telle n'est pas la situation des successeurs irréguliers. Ils ne succèdent que lorsqu'il n'y a pas de parents légitimes ; or, ils succèdent jusqu'au douzième degré, de sorte que l'on n'est jamais sûr qu'il n'y a pas d'héritiers. Si la loi donnait la saisine aux successeurs irréguliers, ils pourraient, sans formalités, sans garantie, se mettre en possession des biens, les dissiper, au préjudice des héritiers qui se présenteraient plus tard pour les recueillir ; il fallait donc prescrire des formes et des conditions ; c'est dire que la loi ne pouvait accorder la possession de plein droit aux successeurs irréguliers.

Ces considérations justifient la loi dans le système du code Napoléon ; mais le système est très contestable. Pourquoi le conjoint ne figure-t-il qu'en dernière ligne parmi les successeurs irréguliers ? Le malentendu, l'oubli, ne sont certes pas un principe ; les auteurs du code italien ont rétabli la femme dans les droits que l'affection lui donne et que la loi doit lui assurer. Que dire des enfants

naturels, qui ont été sacrifiés à l'intérêt de la morale, laquelle n'en a guère profité? Pourquoi traiter ces successeurs d'irréguliers, alors qu'ils sont appelés à la succession par la loi? Il n'y a réellement qu'un seul successeur irrégulier, c'est l'Etat; il ne succède pas, il prend des biens qui sont sans maître. C'est le principe du code néerlandais (art. 1175). La diversité des législations donne lieu à d'inévitables conflits, en théorie du moins : je ne connais pas d'arrêts sur la matière spéciale qui nous occupe, c'est-à-dire sur la transmission de la possession aux successeurs non saisis. Il n'y a, du reste, aucun doute sur la nature du statut; la fiction de la saisine ne leur étant pas applicable, ils restent sous l'empire du droit commun, et en cette matière, le droit commun touche au droit de police, c'est-à-dire à l'intérêt général. Pothier en fait la remarque, non au point de vue de la nature du statut, dont il ne s'occupe guère, mais en ce qui concerne l'acquisition de la possession par les légataires qui n'ont pas la saisine: ils ne peuvent d'eux-mêmes se mettre en possession, dit-il, ce serait une voie de fait (1), c'est-à-dire une violence; or la puissance souveraine est intéressée à ce qu'il ne se commette aucune violence. Dans cet ordre d'idées, il est certain que l'acquisition de la possession par les successeurs irréguliers dépend du statut réel. Il suit de là que les successeurs étrangers ne pourraient pas se mettre en possession des biens situés en France, quand même leur loi personnelle les mettrait sur la même ligne que les héritiers légitimes; les étrangers, pas plus que les naturels du pays, ne peuvent se livrer à des voies de fait.

366. Il y a une conséquence de ce principe sur laquelle il ne saurait y avoir de doute, puisque ce n'est que la paraphrase de l'article 724 : les successeurs irréguliers n'ont pas la possession, jusqu'à ce qu'ils aient obtenu un jugement qui la leur accorde, par conséquent ils ne possèdent qu'en vertu du jugement et à partir de la sentence du juge. Cependant on enseigne que l'envoi en possession

(1) Pothier, *Des Donations testamentaires*, n° 239.

des successeurs irréguliers est une saisine judiciaire qui produit tous les effets de la saisine. Il est inutile d'entrer ici dans ce débat, puisque la question n'intéresse pas le droit international privé; je renvoie à mes *Principes de droit civil* (1), en me bornant à remarquer que le code Napoléon ne pourvoit pas suffisamment à l'intérêt public. Que devient la possession quand il n'y a pas d'héritier légitime, et tant que les successeurs irréguliers n'ont pas été envoyés en possession par justice? Cela prouve que la saisine devrait appartenir à tous ceux que la loi appelle à la succession du défunt.

Il suit du même principe que les successeurs irréguliers n'ont pas les actions possessoires, sauf en vertu du droit commun. Les successeurs étrangers qui, d'après leur loi personnelle, sont assimilés aux héritiers légitimes, pourraient-ils, en France, agir au possessoire, avant d'avoir obtenu l'envoi en possession? En vertu du principe traditionnel, que le statut des successions est réel, il faut répondre négativement : celui qui ne possède pas ne peut former des actions possessoires. Mais cela ne prouverait-il pas que le code civil a tort de ne pas accorder la possession aux successeurs irréguliers? Il importe, dans l'intérêt général, que les biens soient conservés, dans l'intérêt de ceux qui sont appelés à les recueillir; or les actions possessoires sont des actes de conservation, ce qui est décisif, au point de vue des principes.

Il y a d'autres conséquences du même principe, sur lesquelles il n'y a aucun doute. Les successeurs irréguliers n'ont pas l'exercice des actions du défunt, parce qu'ils n'ont pas la saisine, et les tiers ne peuvent pas agir contre eux. Alors même qu'ils ont obtenu l'envoi en possession, ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent, et sans qu'ils aient besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Cela ne se justifie pas au point de vue des principes; tout successeur universel devrait être tenu des dettes *ultra vires*. Faudra-t-il appliquer le principe français aux successeurs étran-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 292, n° 238.

gers qui, d'après leur loi personnelle, sont assimilés aux héritiers représentants de la personne du défunt? Si l'on admet que le statut des successions est réel, on doit aussi en accepter les conséquences. Ici encore la conséquence témoigne contre la réalité. En Italie, et sur les biens qui y sont situés, les créanciers pourront poursuivre les successeurs irréguliers *ultra vires*; en France, et sur les biens français, ils n'auront qu'une action limitée : ils pourront donc ne pas être payés intégralement. Pascal n'aurait-il pas le droit de dire : Plaisante justice! Même créancier, même débiteur, même dette, et un droit différent! Notre science, quand elle sera prise au sérieux, répondra à Pascal en introduisant la communauté de droit dans les relations civiles internationales; et il serait temps d'y songer, parce que l'ironie si juste du penseur français est une amère critique de la justice humaine.

367. Les successeurs irréguliers doivent demander l'envoi en possession par action judiciaire. Cette demande est assujettie à des formes spéciales : publicité, afin de prévenir les héritiers légitimes, s'il y en a, que des successeurs irréguliers se présentent pour recueillir l'hérédité : mesures de conservation, afin de sauvegarder les intérêts des héritiers légitimes, qui pourraient réclamer après l'envoi en possession. Ces mesures de conservation sont : l'apposition des scellés et l'inventaire (art. 769 et 773), pour prévenir le détournement des effets mobiliers, et pour constater ce que le successeur irrégulier doit restituer aux héritiers légitimes, s'il s'en présente.

« L'enfant naturel et le conjoint survivant, qui obtiennent l'envoi en possession, sont tenus de faire emploi du mobilier ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers du défunt » (art. 771 et 773). L'État n'est pas tenu de donner caution, ni de faire emploi. Comme l'Etat étranger ne succède pas aux biens situés en France, les conditions que je viens de transcrire ne concernent que les enfants naturels et le conjoint. La réalité du statut conduit à une singulière anomalie : c'est que les enfants naturels et le conjoint sont successeurs réguliers, en vertu de leur statut

personnel, dans les Pays-Bas et en Italie, et ils seront successeurs irréguliers en France. Ces différences dans les diverses législations ne disparaîtront pas de sitôt; et les conflits qui en résultent ne pourront être vidés que par la voie de conventions diplomatiques. Cet appel à la diplomatie finira par être entendu quand les relations de droit privé donneront lieu à des difficultés journalières entre les peuples, aussi fréquentes que celles qui existent aujourd'hui dans l'intérieur d'un même Etat; et le genre humain avance rapidement vers cette communication incessante des hommes de tous les pays : les merveilles de la science aideront à réaliser le vœu du droit.

368. Il y a des successeurs *ab intestat*, dont la situation est douteuse, ce sont les donateurs qui exercent le retour successoral. Succèdent-ils à titre d'héritiers ou à titre de donateurs? Ceux qui enseignent que les ascendants, les adoptants, les frères et sœurs légitimes des enfants naturels succèdent à titre d'héritiers, admettent qu'ils sont saisis, comme le sont les héritiers légitimes, et que par suite ils ont la possession de plein droit. Dans mon opinion, il ne peut être question de saisine. Le code civil l'accorde aux parents légitimes (art. 724), et les motifs pour lesquels il la leur donne sont puisés dans les liens du sang; or l'ascendant ne succède pas comme tel, il succède aux biens par lui donnés, donc comme donateur; quant à l'adoptant, il n'est pas parent, c'est uniquement comme donateur qu'il reprend les biens qui se trouvent dans la succession de l'adopté; et les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel ne sont pas non plus parents. Il suit de là que les héritiers légitimes sont saisis des choses qui doivent retourner au donateur; partant celui-ci doit s'adresser aux héritiers pour en obtenir la délivrance. Il n'y a pas lieu à envoi en possession par justice, car cet envoi suppose qu'il n'y a pas d'héritiers connus, ou que ceux-ci ont renoncé. Reste une demande en délivrance (1).

Le code italien n'a pas maintenu la succession spéciale des donateurs. En faut-il conclure que les donateurs fran-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 243, n° 198.

çais ne pourraient pas exercer ce droit sur les biens situés en Italie? Le code italien établit le principe de la personnalité du droit de succession; donc les étrangers sont admis à succéder en Italie, conformément à leur statut national. Cela décide la question en faveur des donateurs; ils devront naturellement demander la délivrance des biens qui leur retournent. Ici la délivrance a encore un autre objet que la mise en possession, c'est la reconnaissance du droit en vertu duquel les donateurs étrangers réclament les biens. On applique par analogie ce que je vais dire des légataires non saisis, qui doivent également demander la délivrance de leurs legs.

II. *Des légataires.*

369. Le légataire universel n'a pas la saisine lorsqu'il il y a des héritiers réservataires; ceux-ci sont saisis de préférence; le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans son legs (article 1004). Quant aux légataires à titre universel, le code civil ne leur donne jamais la saisine, alors même que leurs legs absorberaient toute l'hérédité. Dans ce cas, les héritiers légitimes, quoique exclus de l'hérédité, en ont la possession, et c'est à eux que les légataires à titre universel doivent demander la délivrance de leur legs, quand il n'y a pas de réservataires ni de légataire universel (art. 1011). L'article 1011, après avoir dit que tout legs donne au légataire un droit à la chose léguée du jour du décès du testateur, ajoute que le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée qu'à compter du jour de sa demande en délivrance.

Pourquoi la loi ne donne-t-elle pas la saisine aux légataires? Pothier répond à la question: La propriété de la chose léguée passe, à la vérité, au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, mais il n'en acquiert la possession que du jour de la délivrance qui lui en est faite. Jusqu'à cette tradition, l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, et le légataire est

obligé de lui en demander la délivrance. Il ne peut de lui-même s'en mettre en possession ; s'il le faisait, ce serait une voie de fait pour laquelle l'héritier pourrait se pourvoir contre lui (1). » Cette raison n'est pas décisive ; on en pourrait dire autant des héritiers légitimes quand ils sont exclus par des legs ; ne commettent-ils pas aussi une voie de fait en se mettant en possession des biens qui appartiennent aux légataires? Il y a un autre motif. Lorsque le défunt laisse un héritier ou un légataire universel saisi, et qu'il fait des legs à titre universel et à titre particulier, le possesseur légal de l'hérédité a intérêt à contester ces legs ; il est donc juste qu'il soit mis à même de les vérifier ; la délivrance qu'il fait des biens aux légataires est un consentement, une reconnaissance de leur droit. C'est lors de la délivrance que s'opère le quasi-contrat qui, dans la doctrine coutumière, se fait par l'acceptation de l'héritier saisi ou du légataire universel : il y a même plus que quasi-contrat, il y a concours de consentements. C'est là le sens de la délivrance (2).

370. Ces considérations n'ont pas convaincu le législateur italien ; il ne maintient le principe traditionnel que pour les légataires à titre particulier, qu'il astreint à demander la délivrance. Quant aux légataires universels et à titre universel, il les assimile aux héritiers légitimes ; ce sont des héritiers testamentaires, et, dans les idées romaines, les héritiers par testament sont les héritiers par excellence. C'est un nouveau conflit entre le droit italien et le droit français. Est-ce qu'un légataire italien pourra se mettre en possession des biens situés en France sans demander la délivrance à l'héritier saisi? Dans la doctrine de la réalité du statut de la saisine, la négative est certaine : l'héritier ou le légataire universel, peu importe qu'il soit français ou étranger, a la possession légale des biens qui doivent être délivrés au légataire ; donc celui-ci ne peut par lui-même se mettre en possession sans commettre une voie de fait, comme le dit Pothier. Cela est décisif au point de vue de la tradition.

(1) Pothier, *Des Donations testamentaires*, n° 239.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, n° 42.

Pourquoi le code d'Italie s'est-il écarté du code Napoléon, pour se rattacher à la tradition romaine? Il ne suit pas, en tout, le droit romain, puisqu'il admet la saisine, c'est-à-dire la transmission de la possession, de plein droit. Mais il le suit de préférence au droit coutumier, sur le point de savoir qui est héritier. Dans les pays de droit écrit, on ignore la maxime coutumière, d'après laquelle Dieu seul fait les héritiers; c'est plutôt l'homme qui les fait. Dans cet ordre d'idées, il n'y a pas à distinguer entre les héritiers légitimes et les légataires, tous sont successeurs universels, en vertu de la volonté tacite ou expresse du défunt, donc tous doivent être mis sur la même ligne en ce qui concerne la transmission de la propriété et de la possession de l'hérédité. Si la transmission se fait de plein droit pour les héritiers, elle doit aussi se faire de plein droit pour les légataires. Ce que Pothier dit en faveur des héritiers et contre les légataires, n'est pas tout à fait exact. Pothier raisonne dans le système des coutumes. Le droit des héritiers de Dieu est certain, et c'est exercer à leur égard une voie de fait, que de se mettre sans leur consentement en possession des biens légués. Mais au point de vue du droit positif, on peut dire aussi que les héritiers légitimes commettent une voie de fait en se mettant en possession de biens qui appartiennent aux légataires : pourquoi la volonté tacite du défunt auraitelle plus de force et d'autorité que sa volonté expresse? Il y a dans cette préférence un préjugé coutumier, c'est que les legs sont vus avec peu de faveur, puisqu'ils dérogent au droit de Dieu; toujours est-il que, dans les limites de la loi, le législateur doit au légataire dont il admet l'institution, la même faveur qu'il accorde aux héritiers légitimes, puisqu'il permet au testateur d'enlever aux héritiers soit une partie des biens que la loi leur attribue, soit tous les biens, quand ils ne sont pas réservataires. Le système français est illogique; je crois qu'il faut revenir au système romain, tel que le code italien l'a consacré. Cela mettrait fin aux conflits qui s'élèvent à chaque pas entre la législation fondée sur les coutumes et celle qui procède du droit romain.

371. Il me reste une observation à faire sur la nature du statut. Dans la doctrine traditionnelle, le statut de la saisine des légataires dépend de la situation des biens. Cela ne se concilie guère avec la transaction que le code civil a faite entre le droit coutumier et le droit romain, en donnant la saisine au légataire universel, quand il n'y a pas de réservataires; en effet, c'est reconnaître que l'homme fait des héritiers, et que ces héritiers l'emportent sur ceux qui tiennent leur droit du sang, ou de Dieu, comme disaient les coutumes; dès lors la logique des idées conduisait à assimiler les légataires aux héritiers légitimes, alors même que ces héritiers étaient des réservataires, en leur donnant la saisine à titre égal. Il en résultait encore une autre conséquence très importante, en ce qui concerne la théorie des statuts. Dans la doctrine coutumière, le statut des successions et notamment celui de la saisine est réel; cela se conçoit, puisque la volonté de l'homme était censée n'y être pour rien. Il en est tout autrement dans la doctrine romaine, tout y dépend de la volonté de l'homme, et par conséquent de la personnalité. Les auteurs du code civil ne voulaient qu'une transaction, ils entendaient maintenir le principe coutûmier, que l'homme ne fait pas d'héritier, et par suite la réalité du statut; ils ne se doutaient pas qu'ils ruinaient la théorie traditionnelle, en y introduisant le principe romain. Rien n'est envahissant comme la personnalité; si le légataire tient son droit de l'homme, et si par conséquent son statut est personnel, n'en faut-il pas dire autant de l'héritier légitime? La succession *ab intestat* n'est-elle pas le testament du défunt? Donc tout le droit héréditaire dépend, en définitive, de la volonté humaine, et de réel qu'il était, le statut devient personnel.

372. Dans la théorie du code sur la transmission de la possession, le légataire universel n'a pas la saisine lorsqu'il est en concours avec des réservataires. Pourquoi ne l'a-t-il pas? On répond que son droit est incertain, en ce sens qu'il peut être contesté. Soit. Mais ne peut-il pas l'être, quand le légataire universel est en concours avec des héritiers non saisis? Donc il ne devrait jamais avoir

la saisine; et si l'on reconnaît son droit dans une hypothèse, on devrait le reconnaître dans l'autre. La loi tient compte de la volonté de l'homme; si cette volonté est assez puissante pour donner la saisine au légataire, elle doit avoir toujours cette force et cette puissance. Le légataire universel, alors qu'il y a des réservataires, prend au moins le quart de l'hérédité, il peut avoir les trois quarts; son droit est identique quant à la propriété: ne doit-il pas l'être aussi quant à la possession? La doctrine du code civil est pleine d'inconséquences. Le légataire est propriétaire des trois quarts de l'hérédité, et c'est l'héritier du quart qui est chargé de conserver les biens! Les légataires universels et à titre universel ont la propriété, et en principe ils ne jouissent pas des fruits qui appartiennent au propriétaire: telle est du moins la doctrine généralement reçue pour les légataires à titre universel. Les légataires sont propriétaires et on leur refuse les actions réelles qui découlent de la propriété : pour mieux dire, tantôt la loi les leur donne, et tantôt elle les leur refuse.

Les jurisconsultes des pays de droit écrit n'avaient pas tort de qualifier d'erreur cette étrange doctrine, qui reconnaissait la propriété aux légataires et ne leur donnait pas les droits du propriétaire. La délivrance, dit-on, est un consentement donné par l'héritier saisi : telle est sans doute la théorie coutumière, mais a-t-elle une raison d'être? C'est au testateur à prononcer et à vouloir, et sa volonté doit recevoir son exécution, aussi longtemps que le testament n'est pas attaqué et annulé; ce n'est pas à l'héritier à consentir. Les héritiers non réservataires ne sont pas appelés à délivrer les legs, ni à consentir: pourquoi la loi exige-t-elle le consentement des réservataires? Est-ce que le droit du légataire change de nature selon la qualité des héritiers avec lesquels il concourt? Ces inconséquences témoignent contre le principe. Il faut l'avouer, la tradition coutumière est inspirée par des idées et des sentiments qui ne sont plus les nôtres; elle n'aime pas les legs pas plus que les donations; ne pouvant pas empêcher le défunt de tester, elle entrave l'exécution de ses volontés en les subordonnant à un consentement de l'héritier

ab intestat, et en refusant aux légataires l'exercice du droit de propriété, tant qu'ils n'ont pas obtenu ce consentement. Mais du moins les coutumes étaient logiques, en refusant toujours la saisine aux légataires, et en les obligeant tous à demander la délivrance. La transaction du code civil, au contraire, est souverainement illogique ; le code italien a bien fait de l'abandonner, en assimilant les légataires aux héritiers légitimes. Tel est le vrai principe, il finira par l'emporter sur la transaction du code civil, alors il mettra fin au conflit qui divise les deux législations (1).

Le légataire italien n'aurait pas la saisine des biens situés en France ; il n'acquerra la possession que par la délivrance que l'héritier consent à lui faire; il n'aura pas droit aux fruits des biens légués, quoiqu'il en soit propriétaire; sa propriété ne sera qu'un droit abstrait, dont il n'aura pas l'exercice tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance. Cependant son droit repose sur la volonté du testateur : faut-il demander si la volonté dépend de la situation des biens? Le testateur italien veut-il autre chose en France qu'en Italie? Ou sa volonté serait-elle arrêtée par un statut territorial de droit public? On le dit : c'est commettre une voie de fait, d'après Pothier, que de se mettre en possession sans en avoir obtenu le consentement de l'héritier saisi. Cela est très vrai dans la théorie traditionnelle, mais, pour le moment, je demande si cette théorie a un fondement rationnel. Les auteurs du code l'ont mise à néant en accordant la saisine au légataire universel qui n'est pas en concours avec des réservataires ; il se met en possession sans délivrance, pourvu qu'il ait un titre exécutoire. Par là est sauvegardé l'intérêt public ; on ne peut pas dire que le légataire commet une voie de fait alors qu'il agit en vertu d'un titre que la puissance souveraine déclare exécutoire. Cela est décisif contre le principe de la délivrance, parce que cela donne satisfaction au droit de la société et au droit des légataires. Dès que l'ordre public est sauvegardé, le législateur territorial n'a

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 62, n[os] 62 et suiv.

plus de raison de s'opposer à ce que la volonté du testateur soit exécutée; en instituant un légataire universel, il a voulu faire un héritier; sa volonté est une loi, loi d'intérêt privé qui doit avoir son effet, quelle que soit la situation des biens. Entre-vifs, la volonté de l'homme ne connaît pas les limites des territoires: pourquoi en serait-il autrement quand il dispose à cause de mort?

§ III. — *Acceptation et renonciation.*

N° 1. LES SUCCESSIONS « AB INTESTAT ».

373. Qu'est-ce qu'accepter une succession ou y renoncer? Le code civil contient à cet égard les dispositions suivantes :

« Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue » (art. 775).

« L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession » (art. 777).

« L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier » (art. 785).

Ces dispositions consacrent la maxime coutumière : « Nul n'est héritier qui ne veut. » Le successible peut accepter l'hérédité, et il peut la répudier. En acceptant, il manifeste sa volonté d'être héritier; en renonçant, il manifeste sa volonté de ne pas être héritier. S'il accepte, il a toujours été héritier; s'il renonce, il ne l'a jamais été. La volonté joue donc un grand rôle dans l'acceptation et dans la répudiation. Au premier abord, cela paraît en contradiction avec la théorie coutumière de la transmission de l'hérédité; la propriété et la possession se transmettent de plein droit à l'héritier, sans aucune manifestation de volonté, alors même qu'il ignore que la succession est ouverte et qu'elle lui est déférée. Etant propriétaire et possesseur de l'hérédité en vertu de la loi, pourquoi exige-t-on de lui qu'il accepte une succession qui est dans son domaine et qu'il possède? C'est qu'il n'y a pas d'héritier nécessaire en droit français; tout héritier est volontaire, car tout successible peut renoncer à la succession,

et celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Cela implique qu'il n'est héritier que s'il le veut; c'est cette volonté qui constitue l'acceptation.

374. Quelle est la nature du statut de l'acceptation et de la répudiation? Puisque tout dépend de la volonté de l'héritier, il semble, au premier abord, qu'il ne saurait y avoir de doute sur le caractère de la loi, en cette matière. La volonté est personnelle de son essence, et elle domine la matière. On ne peut pas même dire que le statut qui dépend de la volonté est personnel, car le statut suppose l'existence d'une loi qui s'impose à l'homme, qui commande ou qui prohibe; il ne peut donc être question d'un statut proprement dit quand c'est l'homme qui veut; l'autonomie prend, dans ce cas, la place de la loi. Cela est d'évidence dans la matière de l'acceptation et de la répudiation des successions. La loi saisit l'héritier de la propriété et de la possession de l'hérédité; on pourrait croire que c'est là une loi qui s'impose au successible, et que, partant, le statut est réel. Il n'en est rien. Le successible peut renoncer à l'hérédité quoiqu'il en soit déjà propriétaire et possesseur, et sa volonté anéantit la transmission qui s'est opérée à son profit, Ainsi la volonté de l'homme est plus puissante que la loi! Cela paraît paradoxal, et plus que cela, une hérésie juridique. L'explication de cette contradiction apparente est facile. A vrai dire, ce n'est pas la loi qui transmet la propriété et la possession de l'hérédité au successible; celui-ci était déjà copropriétaire du vivant de son auteur, la mort ne fait que lui donner l'exercice de son droit; quant à la saisine, c'est le défunt lui-même qui la lui donne en le mettant en possession de ses biens, droits et actions. Telle est la théorie coutumière que les auteurs du code ont reproduite. Dans cet ordre d'idées, rien ne dépend de la loi, tout dépend de la nature et de l'homme; or la nature, pour mieux dire, Dieu appelle l'homme à prendre part aux biens de la famille où son créateur le fait naître, sauf à l'homme à accepter cet héritage ou à le répudier, si les charges dépassent le bénéfice. La faculté d'accepter ou de répudier change la nature de la saisine; tout dépendant de la volonté, la conséquence

est que le statut ne saurait être réel, ni même personnel; si on lui donne ce nom, c'est que l'autonomie a le même effet que la personnalité de la loi, elle étend son empire partout, sans considérer la situation des biens.

375. Cependant, dans l'ancien droit, Bourgoingne enseignait comme une vérité constante que le statut des successions étant réel, il y avait autant d'hérédités que de biens situés dans des territoires différents (1); de là il conclut que l'héritier était libre d'accepter l'hérédité quant aux biens situés dans une coutume, et de la répudier quant aux biens situés dans une coutume différente. A vrai dire, ce n'était pas une seule et même hérédité qu'il acceptait tout ensemble et répudiait; c'étaient des hérédités distinctes, ce qui lui permettait d'accepter l'une et de renoncer à l'autre. Bouhier n'hésite pas à dire que le légiste flamand s'est égaré; il s'étonne même, dit-il, qu'il ait combattu la pratique qui était, de son propre aveu, contraire à son opinion. Je laisse la parole au président du parlement de Bourgogne. Il demande suivant quelle coutume l'*adition d'héritier* est censée faite? Les termes mêmes trahissent déjà les sentiments de Bouhier, et la source où il les avait puisés. En France, on ne connaissait pas l'*adition romaine*; si Bouhier se sert de cette expression, c'est qu'il avait une prédilection pour le droit romain, qu'il prétendait être le droit commun de la France. Dans cet ordre d'idées, il n'y avait aucun doute sur la nature personnelle de l'acceptation, puisqu'elle dépendait entièrement de la volonté de l'homme. Toutefois, ce n'est pas là la raison que donne cet excellent jurisconsulte ; il dit qu' « à son avis, l'adition se fait d'après la coutume du lieu où la succession s'est ouverte qui est le domicile du défunt, de la succession duquel il s'agit, car c'est là que se fait l'inventaire, que le testament doit être ouvert, que l'envoi en possession doit être demandé par l'héritier (encore une idée romaine), et qu'il est par conséquent réputé en prendre la qualité. Or, cette acceptation forme une espèce de

(1) « *Constanter docemus.* » (*Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 16 et 17.)

contrat tacite entre lui et les créanciers et légataires du défunt, par lequel il s'engage à les payer suivant la loi qui régit le lieu de l'acceptation. C'est le sentiment des auteurs et l'usage constant du royaume. » Plus loin, Bouhier dit que l'obligation des héritiers envers les créanciers prend sa force de la coutume où elle a été contractée (1). Ce qui paraît le préoccuper le plus, c'est l'obligation que l'héritier contracte de payer les dettes et charges de la succession. Dans la théorie du code civil, cette obligation est un effet de la saisine (art. 724); l'acceptation ne la crée pas, elle la confirme. Pour mieux dire, la saisine et l'acceptation ne sont qu'un seul et même fait juridique, puisque, sans l'acceptation, la saisine ne produit aucun effet. Reste à savoir de quelle coutume elles dépendent. Dans la rigueur des principes, il faudrait dire que ce n'est pas une question de statut, c'est-à-dire de loi, puisque la volonté de l'héritier domine la loi qui l'a saisi de l'hérédité; mais les anciens légistes donnaient le nom de statut personnel à la loi résultant des conventions, parce qu'elle avait effet partout, de même que les statuts personnels proprement dits, ceux qui règlent l'état et la capacité des parties; cette assimilation les conduisait encore à rapporter la volonté des parties à la coutume de leur domicile, laquelle réglait également leur état. Dans la doctrine moderne, la nationalité a pris la place du domicile. En ce sens le statut personnel ou national, auquel les parties sont censées s'en référer, règle l'acceptation de la succession et ses effets, non plus d'après la diversité des lieux où les biens sont situés, mais d'après la volonté de l'héritier, quelle que soit la situation des biens. Là où la volonté est en cause, la réalité n'a point de sens. Le système de Bourgoingne conduisait à cette conséquence absurde, que l'héritier pouvait accepter une partie de la succession et répudier l'autre, accepter ici sous bénéfice d'inventaire, et là purement et simplement; ou mieux encore, ne prendre les biens qu'à titre particulier, comme cela se fait dans la

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, nos 209, 211, 214 (Œuvres, t. Ier, p. 615 et 616).

common law anglaise. Au point de vue des vrais principes, cela n'a point de sens; le droit coutumier était d'accord sur ce point avec le droit romain : l'acceptation de la succession doit se faire pour le tout, elle ne se divise pas, et il est absurde de le supposer. Peut-on tout ensemble être le représentant du défunt et ne pas l'être?

376. L'acceptation peut être expresse ou tacite (C. Nap., art. 778). C'est l'application d'un principe général sur lequel il ne saurait y avoir de conflit. Accepter, c'est manifester la volonté d'être héritier; or, la volonté peut s'exprimer de deux manières, ou par paroles ou par des faits; dans le premier cas, le consentement est exprès; dans le second, il est tacite. L'article 778 applique ce principe à l'acceptation d'une hérédité; toutefois la loi se montre plus rigoureuse pour l'acceptation d'une succession que pour les autres faits juridiques, à raison des graves conséquences qu'elle entraîne pour l'héritier, qui sera tenu des dettes *ultrà vires*.

Pour que l'acceptation soit expresse, il faut que le successible prenne le titre ou la qualité d'héritier dans un *acte* authentique ou privé. Un écrit est donc nécessaire pour qu'il y ait acceptation expresse. C'est une dérogation au droit commun; d'après les principes généraux, le consentement donné par paroles est exprès, aussi bien que le consentement donné par écrit. Pourquoi le code civil n'admet-il pas une acceptation verbale? La loi veut une volonté réfléchie; or, dans la conversation, bien des paroles nous échappent à la légère, tandis que l'on pèse ses expressions quand on écrit. L'article 778 va plus loin, il ne se contente pas de tout *écrit*, il veut un *acte*, c'est-à-dire un écrit dressé pour constater un fait juridique. Tels sont les actes authentiques. Les écrits sous seing privé ne sont pas toujours des actes. Ainsi une lettre entre non-commerçants ne ferait pas preuve d'une vente, parce que l'écrit n'est pas rédigé dans les formes prescrites par l'article 1325, donc ce n'est pas un *acte*, et partant l'article 778 du code civil ne serait pas applicable. Il suit de là que l'acceptation expresse est un acte solennel : il faut un écrit pour qu'elle existe.

Il n'en était pas de même en droit romain; l'acceptation de l'hérédité était expresse, par cela seul que le successible déclarait formellement prendre la qualité d'héritier; un *écrit* n'était pas nécessaire, et moins encore un *acte*. De là peut résulter un conflit. Un Français déclare verbalement accepter une hérédité, à l'étranger, dans un pays de droit écrit; y aura-t-il acceptation expresse? A mon avis, non. La solennité d'un acte juridique n'est pas une question de formes extrinsèques, c'est une condition requise pour l'existence du fait juridique; sans acte, il n'y a point d'acceptation expresse; s'il y a un acte, alors on suit, pour les formalités, la loi du lieu où il a été dressé. Je renvoie, quant au principe, à l'Etude que j'ai consacrée, à l'adage *Locus regit actum* (1). Si un étranger faisait en pays étranger une acceptation verbale, elle vaudrait en France, car elle tient au statut des conventions, lequel est personnel; c'est donc la loi nationale qui décide si la déclaration de volonté est valable; et valable d'après la loi personnelle, elle sera valable partout. Il en serait de même si un étranger régi par le droit romain faisait une acceptation expresse en France; on appliquerait la loi romaine, et non la loi territoriale; le principe de l'acceptation expresse n'a rien de commun avec la situation des biens, et elle est aussi étrangère à la règle qui détermine les formes extérieures des actes : tout dépend de la loi personnelle, en ce qui concerne les conditions exigées pour l'existence des actes juridiques.

377. La renonciation à la succession est aussi une manifestation de volonté; mais, à la différence de l'acceptation, elle ne peut être tacite, elle doit toujours être expresse, et le code Napoléon détermine la forme dans laquelle elle doit se faire. Aux termes de l'article 784, elle ne peut plus être faite qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet. Cette disposition déroge au droit commun sous plusieurs rapports. D'abord elle n'admet pas de renonciation

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, nos 233-255.

tacite. En droit romain, la renonciation, aussi bien que l'acceptation, était considérée comme une simple manifestation de volonté. Pothier dit, d'après d'Argentré, que la renonciation est un acte de trop grande importance pour qu'elle puisse se faire tacitement. La raison n'est pas bonne, car on aurait dû exiger, à plus forte raison, que l'acceptation fût toujours expresse, puisque accepter une hérédité est un acte bien plus dangereux que répudier, l'héritier acceptant étant tenu au rapport et à l'obligation de payer les dettes *ultrà vires*, ce qui peut compromettre toute sa fortune, tandis que, s'il renonce imprudemment, il ne perd que l'actif de la succession. La vraie raison pour laquelle la renonciation doit se faire dans certaines formes, c'est que les tiers, cohéritiers ou héritiers d'un degré subséquent, ainsi que les créanciers et légataires sont intéressés à la connaître; et par cela même que la renonciation se fait dans des formes qui la rendent publique, les tiers ont un moyen de savoir si le successible accepte. Voilà pourquoi l'article 785 dit implicitement que le successible ne peut plus renoncer par acte notarié, comme c'était l'usage dans l'ancien droit, les actes reçus par les notaires n'ayant pas par eux-mêmes de publicité, sauf celle que lui donne la présence de témoins, tandis que le registre tenu au greffe peut être consulté par les tiers.

Il résulte de là une autre conséquence, c'est que la forme prescrite pour la renonciation n'est pas une de ces solennités qui tiennent au consentement, et qui sont requises pour l'existence du fait juridique, telles que l'authenticité exigée par le code civil pour les donations, les contrats de mariage et l'hypothèque; on doit plutôt comparer la déclaration faite au greffe à la transcription ou à l'inscription prescrites par notre loi hypothécaire pour qu'un acte puisse être opposé aux tiers. La différence est grande en ce qui concerne la nature du statut. Je viens de dire que la solennité, dans les actes solennels proprement dits, tient au statut personnel des parties, de sorte que le Français ne pourrait faire à l'étranger une donation par acte sous seing privé; et par identité de raison j'ai dit qu'à mon avis le successible français ne pourrait

faire à l'étranger une acceptation expresse que par un *acte* authentique ou sous seing privé, tandis qu'un étranger pourrait faire en France une donation par acte sous seing privé si son statut personnel le lui permettait, de même qu'il pourrait accepter une succession verbalement. Il n'en est pas de même de la renonciation, la solennité de la déclaration au greffe n'a pas pour objet de garantir l'existence d'un consentement valable, elle a en vue l'intérêt des tiers, intéressés à savoir si le successible renonce. De là suit qu'une renonciation verbale ne pourrait pas être opposée aux tiers, ni même une répudiation expresse faite par acte notarié. Le statut est territorial : donc pour les successions ouvertes en France, le successible doit renoncer par une déclaration faite au greffe; toute autre renonciation ne pourrait être opposée aux tiers, sans distinguer si l'héritier est étranger ou Français, les étrangers étant tenus de remplir les formalités prescrites dans l'intérêt des tiers. De même les Français ne pourraient pas, dans un pays de droit écrit, faire une renonciation non solennelle; elle serait, à la vérité, valable dans le pays étranger régi par le droit écrit, mais elle ne serait pas valable en France.

D'après ce que je viens de dire, la renonciation est un acte public plutôt qu'un acte solennel; elle est publique dans l'intérêt des tiers, et pour que cet intérêt soit sauvegardé, elle doit être faite dans les formes prescrites par la loi territoriale. Mais la publicité ne concerne pas la validité intrinsèque de l'acte. Je suppose que le successible renonce à la succession par acte authentique; si les tiers ont connaissance de cette renonciation, pourraient-ils opposer à l'héritier qu'il n'est pas renonçant, vu qu'il n'a pas fait sa déclaration au greffe? Au premier abord, l'article 778 paraît trancher la difficulté, puisqu'il ne permet pas de faire la renonciation par acte notarié; mais s'il le défend, c'est uniquement dans un intérêt de publicité; or il est de principe que les tiers qui connaissent l'acte dont la publicité est prescrite ne peuvent pas opposer le défaut de publicité (loi hyp. belge, art. 1er); donc ils ne pourraient pas contester la renonciation, s'ils

la connaissaient par un acte authentique; comme manifestation de volonté, l'acte notarié ne laisse aucun doute; partant les tiers ne pourraient, sans mauvaise foi, soutenir que le successible n'a point renoncé. La question pourrait se présenter pour une renonciation faite par un étranger à une succession ouverte en France. D'après son statut national, je le suppose, la renonciation est valable; mais elle n'est pas publique en France; les tiers peuvent se prévaloir du défaut de publicité, à condition qu'ils soient de bonne foi; or, ils ne peuvent pas exciper de leur bonne foi, s'ils connaissaient la renonciation faite par acte authentique.

Il reste cependant un doute, ce sont les termes prohibitifs de l'article 784; on en peut induire que la renonciation est un acte solennel. C'est l'opinion que j'ai enseignée dans mes *Principes de droit civil;* elle est fondée sur la lettre de la loi. D'un autre côté, on peut dire que l'analogie que je viens d'invoquer entre la publicité prescrite par la loi hypothécaire et la publicité de la renonciation n'est pas complète; quand la loi ordonne de transcrire un acte de vente, pour qu'on puisse opposer la vente aux tiers, il y a un fait juridique antérieur à la transcription, tandis que la renonciation n'existe que par la déclaration qui en est faite au greffe. Tel est du moins le système légal. Mais est-il conforme aux principes? Je préférerais le principe romain : une simple manifestation de volonté, mais qui ne pourrait être opposée aux tiers, tant qu'elle ne serait pas rendue publique par une déclaration faite au greffe.

378. Au moment où j'imprime cette Etude, je lis dans le *Journal du droit international*, de M. Clunet (1), une consultation intéressante (anonyme) sur la matière que je viens de traiter. Je ne partage pas l'avis de l'auteur, mais c'est une raison de plus pour faire connaître son opinion, afin que le lecteur ait sous les yeux tous les éléments du débat. Voici l'espèce. Un Brésilien décède en France; son héritier, aussi Brésilien, demande dans quelle forme

(1) Clunet, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1880, p. 570-574.

il doit renoncer à la succession, pour que sa renonciation soit opposable aux créanciers français.

L'auteur répond que l'héritier peut faire sa renonciation dans son pays, suivant la forme locale. Cet acte pourra être opposé aux créanciers français. La consultation ne donne aucun motif à l'appui de cette décision. Cela est regrettable. Un avis non motivé ressemble à un jugement non motivé, il n'a aucune autorité; il est impossible de l'apprécier, puisque ce n'est qu'une simple affirmation.

L'héritier peut encore, dit l'auteur, faire sa renonciation au greffe, dans les formes du code civil. Ici la consultation entre dans de longs développements qui me paraissent inutiles. Il s'agit de savoir dans quelle forme la renonciation *doit* être faite, pour être opposable aux tiers. Dans mon opinion le successible ne peut renoncer qu'au greffe, dans la forme prescrite par le code civil (art. 784). Cela est d'évidence, si l'on admet, avec la cour de cassation, que le statut des successions est réel. Mais il est inutile d'entrer dans ce débat. Il y a un principe de droit civil international qui est universellement admis, c'est que les formes qui sont établies dans l'intérêt des tiers dépendent de la loi du territoire. Dans l'espèce, la raison en est palpable. Une succession ouverte en France a des créanciers français; c'est dans leur intérêt que le législateur veut que la renonciation soit publique; donc le statut de l'article 784 est territorial, ce qui est décisif. Il suit de là que la renonciation faite en pays étranger, fût-ce dans la patrie de l'héritier, ne remplacerait pas la renonciation qui doit être faite au greffe : comment les créanciers pourraient-ils connaître un acte qui n'a aucune publicité en France?

La consultation examine encore la question de savoir si la renonciation peut être faite devant un consul brésilien en France? L'auteur se prononce pour l'affirmative. Cela ne serait pas douteux si les conventions conclues avec le Brésil autorisaient les consuls à recevoir les renonciations à une succession ouverte en France. Or le mot de renonciation ne se trouve pas dans les articles que l'auteur cite. Le traité dit seulement que les actes reçus par les consuls

feront *foi en justice*, et auront la même *force* et *valeur* que s'ils avaient été passés devant les *notaires* et *autres officiers publics compétents* du pays. Il s'agit donc de la force probante des actes; sous ce rapport, les *actes* reçus par les *consuls* sont assimilés aux actes *authentiques*. Mais, dans l'espèce, la force probante est hors de cause, le texte même de l'article 784 le prouve. Dans l'ancien droit, les *notaires* pouvaient recevoir les renonciations; l'article 784 abroge cette forme. Pourquoi? Parce que les actes notariés n'ont aucune publicité. Par identité de raison, les renonciations ne peuvent être faites devant un consul. Est-ce que, par hasard, un Brésilien qui achète un immeuble situé en France pourrait faire transcrire l'acte par un consul? La question n'a pas de sens. Toutes les formes qui tiennent à la publicité dépendent du statut territorial, et doivent être remplies par toutes les parties intéressées, les étrangers aussi bien que les nationaux; or telle est certes la déclaration prescrite par l'article 784.

N° 2. LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE.

379. Le code civil ne parle pas de l'acceptation ni de la répudiation des legs. Doit-on appliquer par analogie aux legs ce que la loi dit de l'acceptation et de la répudiation des successions? Il est certain que le légataire peut accepter le legs ou le répudier. Quant aux principes qui régissent l'acceptation ou la renonciation en matière de legs, il faut répondre que dans le silence de la loi, on doit appliquer les principes généraux de droit; on peut recourir à l'analogie, en tant que les dispositions du code Napoléon en matière de successions *ab intestat* sont l'expression du droit commun; quant aux exceptions, elles ne s'étendent pas par voie d'analogie. Telle est la règle d'interprétation.

Quant à l'acceptation, le code civil déroge au droit commun en exigeant une déclaration de volonté par acte pour qu'il y ait acceptation expresse. Il suffit que cette disposition soit exceptionnelle pour qu'on ne puisse

l'étendre aux legs; le légataire peut donc accepter, comme il le pouvait en droit romain, par une simple manifestation de volonté. Il résulte de là que le légataire français peut accepter, sans acte, dans les pays étrangers où un acte est requis; car le statut qui régit la manifestation de volonté est personnel : l'acceptation n'étant pas un acte solennel d'après la loi nationale du légataire, celui-ci reste dans les termes du droit commun. Cela décide le conflit qui se présente entre le droit italien et le droit français. Le code d'Italie contient, au titre des *Successions*, un chapitre intitulé : « Dispositions communes aux successions légitimes et aux successions testamentaires. » On y lit (art. 934) que « l'acceptation peut être expresse ou tacite, qu'elle est expresse quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte public ou dans un écrit privé. » Il faut donc un écrit pour l'acceptation expresse d'un legs, tandis qu'il ne faut pas d'écrit d'après le code Napoléon, l'article 778 ne pouvant pas être étendu aux legs, puisque c'est une disposition exceptionnelle, prescrite par le code civil pour les successions *ab intestat*. De là le conflit: d'après le droit français, l'acceptation du legs peut se faire verbalement, tandis que, d'après le droit italien, elle doit se faire par écrit, ce qui en fait un acte solennel. Il en résulte que le légataire français peut accepter le legs verbalement, pour les biens situés en Italie, car l'acceptation étant une manifestation de volonté dépend du statut personnel du légataire, donc, dans l'espèce, de la loi française; tandis que le légataire italien ne pourrait faire d'acceptation expresse que par écrit, même pour les biens situés en France. Vainement objecterait-on que, d'après l'article 3 du code Napoléon, les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française; il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'un statut immobilier. Que les biens légués soient meubles ou immeubles, peu importe : la question est de savoir si le légataire accepte le legs qui lui a été fait; si l'on soutient que l'acceptation est expresse, on doit produire un acte authentique ou sous seing privé; cette disposition tient au statut personnel, puisqu'elle concerne la volonté, et la

volonté expresse d'accepter n'existe, d'après la loi italienne, que s'il y a un écrit.

380. Il y a aussi conflit, dans mon opinion, pour la répudiation des legs. Le code italien, dans le chapitre des Dispositions communes aux deux successions, *ab intestat* et testamentaires, contient un article ainsi conçu : « La renonciation ne peut se faire que par une déclaration au greffe, de la préture de la circonscription où la succession s'est ouverte, sur un registre tenu à cet effet (art. 944). » C'est la reproduction de l'article 784 du code français, avec extension aux legs ; sauf une légère différence de juridiction, le tribunal de première instance est remplacé par la préture, c'est-à-dire un juge cantonal, analogue à notre justice de paix. Ces détails mêmes ont leur importance en ce qui concerne les formes solennelles. puisque la solennité exigée par la loi n'existerait point, si la renonciation était faite en France, au greffe de la justice de paix, et en Italie, si ce successible faisait sa déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement. La déclaration d'un légataire italien, dans une succession ouverte en France, devra-t-elle se faire au greffe de la justice de paix? Au premier abord on pourrait croire qu'il faut appliquer à la renonciation ce que je viens de dire de l'acceptation, c'est-à-dire que la renonciation devrait se faire, conformément à la loi italienne, devant le juge de paix. Mais l'analogie est trompeuse, dans l'espèce. L'acceptation est un acte solennel, dans le vrai sens du mot, puisqu'elle tient à la manifestation de volonté. Tandis que la renonciation n'a rien de commun avec la volonté, en ce sens du moins que la déclaration au greffe n'est pas prescrite pour garantir la libre expression de la volonté du successible, elle est exigée dans l'intérêt des tiers; c'est une forme qui tient à la publicité, comme la transcription; et ces formes dépendent, non de la loi personnelle, mais de la loi territoriale. Donc le légataire italien devra renoncer au greffe du tribunal de première instance. Il est si vrai que cette solennité est territoriale, que le juge de paix ne pourrait pas même recevoir une renonciation; il n'existe pas de registre déposé à son greffe, pour consta-

ter les déclarations des héritiers, et la loi ne lui donne pas qualité pour les recevoir.

381. J'ai supposé qu'en droit français la renonciation à un legs doit se faire au greffe. Il y a controverse sur ce point; la jurisprudence se prononce, en général, pour la négative, et j'ai enseigné la même opinion dans mes *Principes de droit civil.* La question est importante, à raison du conflit qui existera entre la loi italienne et la loi française, si l'on admet que, d'après celle-ci, il ne faut pas de déclaration au greffe, tandis que la première l'exige formellement. J'ai dit pourquoi l'article 784 prescrit une déclaration au greffe: la solennité est étrangère au consentement, elle n'est requise que pour donner de la publicité à la renonciation de l'héritier. Or, c'est au législateur de déterminer les actes qui doivent être rendus publics, pour qu'on puisse les opposer aux tiers; il n'y a pas lieu, en cette matière, d'argumenter par analogie. Que ce soit par oubli ou à dessein que le législateur ne parle pas de la renonciation du légataire, peu importe; toujours est-il que le silence de la loi est décisif: c'est au législateur de veiller à l'intérêt des tiers, ce n'est pas au juge de décider par voie d'analogie que des actes non soumis à la publicité doivent être rendus publics. Il y a encore un autre motif pour lequel il faudrait un texte: l'article 784 est relatif aux héritiers, aux parents légitimes appelés à l'hérédité par la loi, et tenus comme tels des dettes *ultra vires.* Or, les légataires ne sont pas héritiers; pour les légataires à titre particulier et à titre universel, cela est évident, puisque la loi ne les assimile jamais aux héritiers, ni pour le droit de saisine, ni pour l'obligation de payer les dettes *ultra vires;* le légataire particulier n'en est même jamais tenu. Quant au légataire universel, il n'est assimilé à l'héritier légitime que lorsqu'il n'y a point de réservataires. On voit que l'analogie entre les légataires et les héritiers n'est qu'apparente; le législateur aurait dû étendre à tous les légataires ce qui, à la rigueur, pourrait être appliqué au légataire universel saisi; ou, s'il n'avait pas voulu le faire, il aurait dû admettre des distinctions: en tout cas, il eût fallu un texte. Dans le silence de

la loi, les légataires français restent sous l'empire du droit commun, ils peuvent renoncer par une simple manifestation de volonté, soit expresse, soit tacite: c'est le principe romain.

Il y a donc conflit entre le droit français et le droit italien; et le même conflit paraît exister entre le code des Pays-Bas et le code Napoléon; le code néerlandais a aussi un chapitre général sur l'acceptation, ce qui rend applicables les principes de cette matière aux deux successions, testamentaires et *ab intestat*. Si un légataire français est appelé à des biens situés dans les Pays-Bas ou en Italie, il y doit remplir les formes de la renonciation, c'est-à-dire faire une déclaration au greffe du tribunal de première instance, ou au greffe de la préture, car les formes établies dans l'intérêt des tiers sont territoriales, elles obligent les étrangers aussi bien que les naturels du pays. Par contre, un légataire italien appelé à succéder en France pourrait renoncer, d'après le droit commun; une simple manifestation de volonté suffirait; vainement la partie intéressée invoquerait-elle la règle *Locus regit actum;* cet adage n'est applicable qu'aux formes extrinsèques, que la loi établit pour la preuve littérale, ce qui n'a rien de commun avec la publicité.

§ IV. *De l'acceptation bénéficiaire.*

382. « Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire (art. 774). » Quand le successible accepte purement et simplement, il devient le représentant de la personne du défunt qu'il continue; par suite, le patrimoine du défunt et celui de l'héritier se confondent. Il peut résulter de là des conséquences ruineuses pour l'héritier: d'une part, il perd tous les droits qu'il avait contre le défunt ou sur son patrimoine; et, d'autre part, il est tenu *ultra vires* des dettes et charges de l'hérédité. Le bénéfice d'inventaire, introduit par Justinien, le met à l'abri de ce danger; il a pour effet d'empêcher la confusion des patrimoines. L'héritier bénéficiaire ne continue pas la personne du défunt, c'est

un successeur aux biens; par suite, il n'est tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, et il conserve contre la succession le droit de réclamer le payement de ses créanciers (article 802).

L'acceptation bénéficiaire porte le nom de *bénéfice*, ce qui implique que c'est une faveur que la loi accorde au successible, par dérogation au droit commun. En effet, le droit commun est que l'héritier continue la personne du défunt, et qu'il est tenu des dettes du défunt, comme celui-ci en était tenu, c'est-à-dire indéfiniment. C'est non seulement un principe de droit, c'est encore une question d'honneur. Tel était le sentiment de nos ancêtres : dans les pays coutumiers, c'était une règle anciennement établie que le parent, quoique à un degré plus éloigné, qui offrait d'accepter purement et simplement la succession du défunt, était préféré au parent au degré plus proche que lui qui l'avait acceptée sous bénéfice d'inventaire : le premier faisait honneur à la mémoire du défunt en payant au besoin ses dettes sur ses propres biens, tandis que le second le déshonorait, puisqu'il répudiait la solidarité des membres de la famille que Dieu lui-même a créée en les unissant par les liens du sang. Les auteurs du code civil n'ont pas maintenu le système des coutumes, sans doute parce que, en droit, on ne peut pas prononcer la déchéance de l'héritier qui, en acceptant sous bénéfice d'inventaire, ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne (1). Dans cet ordre d'idées, l'héritier bénéficiaire est placé sur la même ligne que l'héritier pur et simple : ce sont deux modes d'accepter une hérédité. Donc il faut appliquer à l'acceptation bénéficiaire ce que j'ai dit de l'acceptation pure et simple. C'est une manifestation de volonté du successible d'être héritier ; partant, comme toute volonté, elle a effet partout, de même que les statuts personnels, sans qu'il y ait à distinguer la situation des biens ; la loi de la situation des biens ne peut pas rendre le successible débiteur, comme représentant la personne du défunt, alors

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, p. 4[illegible]4 et suiv., n° 369.

qu'il déclare qu'il ne veut pas le représenter. C'est l'application du principe, posé par Dumoulin, pour les conventions, et on doit l'appliquer à tout acte qui dépend de la volonté des parties intéressées.

383. Cependant Fœlix décide que le bénéfice d'inventaire est réel, et dépend par conséquent de la situation des biens, de sorte que celui qui aurait accepté bénéficiairement en France ne serait pas héritier bénéficiaire dans un pays où les lois n'admettent point ce bénéfice. Cette opinion n'a d'autre fondement que la tradition et le principe que la cour de cassation lui a emprunté, à savoir que *tout* ce qui concerne la succession *ab intestat*, dans les *immeubles*, est réglé par le statut de la situation (1). Si jamais une conséquence témoigne contre le principe d'où elle découle, c'est celle-ci. Les absurdités abondent dans le système de la réalité de l'acceptation bénéficiaire. Le successible qui accepte sous bénéfice d'inventaire n'entend pas être le représentant de la personne du défunt, il ne veut être qu'un successeur aux biens ; et il a le droit de le vouloir. Conçoit-on que la volonté se divise, et que la situation des biens ait cet effet que l'héritier soit censé vouloir ce qu'il ne veut pas? Il accepte en France sous bénéfice d'inventaire; sa volonté est de ne point continuer la personne du défunt; mais il y a des biens situés sous une loi qui n'admet pas le bénéfice d'inventaire; il y sera considéré comme héritier pur et simple, car accepter bénéficiairement, c'est accepter. Le voilà donc le représentant du défunt, à raison de la situation des biens, malgré sa volonté contraire. Sa volonté est divisée : il est et il n'est pas le représentant du défunt, il est et il n'est pas débiteur illimité, il veut et il ne veut pas.

Fœlix ajoute une restriction, il semble n'appliquer son principe qu'aux *immeubles;* de là suit que l'héritier sera héritier bénéficiaire partout, quant aux meubles. Voilà une nouvelle division de la volonté, plus étrange encore! L'héritier est le représentant du défunt, pour les immeu-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 122, et note 2, de la 4e édition.

bles, situés sous une loi qui n'admet pas le bénéfice d'inventaire ; et il n'est pas le représentant du défunt pour les meubles qui y sont situés. Sa volonté dépend de la nature des biens : sont-ils meubles, il veut être héritier bénéficiaire, et il le sera partout : sont-ils immeubles, il ne veut pas être héritier bénéficiaire, il veut être héritier pur et simple. Conçoit-on une volonté qui dépend de la nature des biens? Conçoit-on une volonté qui veut des choses contraires : le oui et le non, le pour et le contre, dans un seul et même fait juridique, l'acceptation d'une hérédité (1)?

384. La tradition, à laquelle Fœlix ainsi que la cour de cassation rapportent la réalité du statut de succession, n'était pas aussi absolue qu'on le prétend. Il est vrai que les réalistes réalisaient tout, mais il y avait une autre doctrine que celle du réalisme; elle remonte à Dumoulin, et elle établit comme principe que la volonté de l'homme s'étend sur tous les biens, quelle que soit leur situation. Cette doctrine l'emporta sur la contradiction de d'Argentré, que la cour de cassation cite comme autorité, en matière de succession: la jurisprudence des parlements consacra le principe de Dumoulin dans la matière de la communauté même tacite ou légale des époux; logiquement on devrait admettre le même principe pour l'acceptation de l'hérédité. Il paraît que la question ne s'est pas présentée pour l'acceptation bénéficiaire, car Bouhier, que nous allons entendre, ne cite pas d'arrêt; la plupart des coutumes admettant le bénéfice d'inventaire, le conflit des lois ne donnait pas lieu à un débat judiciaire. Toujours est-il que Fœlix et la cour de cassation ont tort de poser une règle absolue dans une matière où il n'y avait pas de principe arrêté, et ils ont surtout tort de considérer comme représentant de la tradition un jurisconsulte qui donnait tout à la réalité. Ce n'est pas cette tendance-là qui dominait dans l'ancien droit, au moins quand il s'agissait d'un débat où tout dépend de la volonté.

Bouhier dit que la question que je discute n'a pas été

(1) Comparez Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 66, n° 95.

traitée par les auteurs, et il ne cite pas d'arrêt, de sorte qu'il n'y avait pas de tradition. On suppose qu'une succession s'ouvre dans un pays où il ne soit pas permis d'accepter sous bénéfice d'inventaire, et que le défunt ait laissé des biens dans une coutume qui soit sur ce point conforme au droit romain ; l'héritier qui aura fait un loyal inventaire pourra-t-il user du bénéfice à l'égard des biens situés dans cette coutume? Bouhier avoue que le bénéfice d'inventaire n'a rien que de réel, puisqu'il a pour objet les biens et les dettes ; on en pourrait induire que tout ce qui le regarde doit être réglé suivant la coutume de la situation des biens. Cependant, dit-il, Balde a décidé le contraire par rapport à un pareil statut qui est à Pavie, et en a rendu une fort bonne raison, ce me semble. C'est que celui qui accepte une succession ouverte à Pavie le fait sous la condition prescrite par le statut, et, par conséquent, doit être censé avoir contracté avec les créanciers héréditaires une obligation qui s'entend partout de la même manière. Bouhier ajoute que l'on peut tirer la même conclusion du principe que la qualité d'héritier est indivisible, et qu'elle emporte aussi l'indivisibilité de la qualité sous laquelle elle a été acceptée.

Bouhier enseigne la même doctrine sur un autre conflit qui se présentait entre les anciennes coutumes. Il y avait des coutumes, comme je l'ai dit (n° 381), où le parent qui se portait pour héritier simple excluait celui qui ne voulait l'être que sous bénéfice d'inventaire, tandis qu'il y en avait d'autres qui décidaient tout le contraire. Les unes n'accordaient le privilége d'exclusion qu'au parent le plus prochain, d'autres le communiquaient à tous parents. « Dans toutes ces diversités, dit Bouhier, tout doit être régi par le statut du lieu où la succession s'est ouverte; autrement il y aurait autant d'héritiers que de différentes coutumes; ce qui ne doit être admis que quand celle de la situation des biens l'exige absolument (1). » Les motifs que Bouhier donne à l'appui de son opinion sont considérables ; ils dépassent la question spéciale du bénéfice d'inventaire, et

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, n[os] 186-188 (t. I[er], p. 699).

embrassent tout le droit de succession. La loi du domicile déterminait, dans l'ancien droit, la personnalité du statut; en disant que tout dépend de la loi du domicile, dans la matière de l'acceptation, à raison de l'indivisibilité de la qualité d'héritier, Bouhier s'écartait du principe traditionnel de la réalité, dont, d'après d'Argentré, les enfants ne doutaient plus; il ne voulait pas qu'il y eût autant d'hérédités que de coutumes. Cela aboutit à dire qu'il ne doit y avoir qu'un statut, et non autant de lois diverses qu'il y a de biens situés sous diverses coutumes. C'est là le principe sur lequel je m'appuie dans tout le cours de cette Etude. La vieille tradition, qui remonte jusqu'à la féodalité, était réelle; mais il se formait, depuis Dumoulin et déjà depuis les glossateurs italiens, une autre tradition qui revendiquait le droit de la personnalité humaine, au lieu de s'attacher à la situation des biens. Bouhier fut le dernier représentant de cette école que les jurisconsultes modernes doivent continuer, au lieu de revenir, comme l'a fait Fœlix, à la réalité féodale.

383. L'acceptation bénéficiaire diffère de l'acceptation pure et simple, sous un rapport très important, et quant au principe et quant à ses conséquences en droit civil international. Aux termes de l'article 793 du code Napoléon, « la déclaration d'un héritier, qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte ; elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation. » L'acceptation pure et simple peut avoir lieu tacitement, tandis que l'acceptation bénéficiaire ne peut se faire que dans les formes prescrites par la loi. En ce sens l'acceptation bénéficiaire est un acte solennel. Mais la solennité, de même que celle de la renonciation, n'a aucun rapport avec le consentement de l'héritier; d'ordinaire quand un acte est solennel, les formes ont pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties. Il n'en est pas ainsi de celles qui sont prescrites pour le bénéfice d'inventaire. La volonté de l'héritier qui accepte sous ce bénéfice est parfaitement libre, personne n'ayant

intérêt à l'influencer par des obsessions ou des manœuvres frauduleuses. Si la loi veut que l'acceptation bénéficiaire soit publique, c'est uniquement dans un intérêt de publicité. Voilà pourquoi l'acceptation se fait au greffe du tribunal, et non par acte notarié. L'intervention du notaire, excellente quand il s'agit de garantir la liberté des parties, est insuffisante quand il faut donner de la publicité à un acte; les actes notariés ne sont pas publics, ni ouverts à l'inspection du public, tandis que les registres tenus au greffe sont communiqués à ceux qui ont intérêt à savoir si le successible accepte sous bénéfice d'inventaire: tels sont les créanciers et les légataires, puisque c'est à raison des dettes et des legs que le successible accepte sous bénéfice d'inventaire.

Les tiers n'ayant plus les garanties que leur donne l'acceptation pure et simple contre l'héritier, sont d'autant plus intéressés à conserver le patrimoine du défunt qui reste leur seul gage; il importe donc que l'acceptation bénéficiaire leur assure ce gage. Il faut d'abord une déclaration publique faite par l'héritier de vouloir accepter sous bénéfice d'inventaire; les tiers, créanciers et légataires seront avertis par cette publicité, et pourront prendre des mesures conservatoires, requérir l'apposition des scellés, et exiger une caution, s'il y a lieu. La déclaration au greffe ne suffit point, elle n'a d'effet, dit l'article 794, qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession. L'héritier bénéficiaire n'est tenu des dettes et charges que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis (art. 802); il doit donc, dans son intérêt et dans celui des tiers, constater authentiquement la consistance du mobilier héréditaire. Les immeubles ne doivent pas être inventoriés; l'héritier ne peut pas les divertir, et d'un autre côté, il est facile aux créanciers de les connaître par la description des titres qui sont inventoriés, et par le registre aux transcriptions.

386. Les formes de l'acceptation bénéficiaire ne sont pas les mêmes dans toutes les législations; elles variaient beaucoup, dans l'ancien droit, d'une coutume à l'autre. De là l'intérêt de la question de savoir quelle est la nature

du statut des formes. Il ne s'agit pas ici de l'adage *Locus regit actum;* les solennités prescrites par la loi ont pour objet de garantir les intérêts des tiers, créanciers et légataires, d'abord en leur faisant connaître l'acceptation bénéficiaire de l'héritier, et la publicité n'a rien de commun avec l'adage traditionnel que je viens de rappeler; elles sont d'intérêt public, puisqu'elles doivent assurer les droits des tiers; il en est de même de l'inventaire; en ce sens, le statut est réel. Si le statut personnel de l'héritier se contentait d'une simple déclaration non solennelle pour lui donner le bénéfice d'inventaire, le successible ne jouirait pas de cette faveur pour les biens situés en France; il devrait y faire une déclaration au greffe, ainsi qu'un inventaire, sinon il y serait considéré comme héritier pur et simple; il est héritier parce qu'il a accepté; il ne jouit pas du bénéfice d'inventaire parce qu'il n'a pas rempli les conditions voulues par la loi. L'héritier français ne pourrait pas se dispenser de la déclaration et de l'inventaire pour les biens situés dans un pays où ces formalités ne sont pas exigées; car les créanciers étrangers peuvent le poursuivre sur les biens situés en France; il faut donc qu'ils aient connaissance de sa déclaration, et l'inventaire leur sert de garantie. A la rigueur, l'héritier bénéficiaire devrait faire, dans les pays étrangers, une déclaration analogue à celle que le code Napoléon prescrit pour les biens français, car les créanciers étrangers ne peuvent pas connaître la déclaration que l'héritier ferait au tribunal de France, et comme l'inventaire fait en France ne comprend pas le mobilier héréditaire qui se trouverait à l'étranger, le successible devrait faire un supplément d'inventaire. Il est vrai que le code civil ne le prescrit point; c'est qu'il ne traite pas du droit civil international, sauf dans l'article 3, qui n'est, à vrai dire, qu'un renvoi à la tradition; l'interprète doit suppléer au silence de la loi en tenant compte des motifs pour lesquels la loi prescrit la publicité et l'inventaire.

Dans l'ancien droit, les formalités étaient différentes, et elles avaient à certains égards un caractère différent. Cela explique l'opinion de Bouhier qui, à première vue,

semble considérer les conditions du bénéfice d'inventaire comme une dépendance du statut personnel. La plupart des coutumes exigeaient des lettres de bénéfice d'inventaire, délivrées par les chancelleries attachées aux parlements; Bouhier enseigne, à la suite de Froland, que ces lettres lorsqu'elles sont entérinées suivant l'usage des lieux où la succession s'est ouverte, étendent leur effet à l'égard des immeubles qui sont situés dans les provinces où les formalités pour l'entérinement de ce bénéfice sont d'une plus grande étendue. Cela se comprend, et il n'y a aucune contradiction entre l'opinion professée par Froland et Bouhier et celle que je viens d'enseigner. Si les coutumes exigeaient des *lettres de bénéfice*, c'est que l'acceptation bénéficiaire dérogeait au droit commun, c'était une faveur, dans l'esprit de l'ancien droit; or, toute faveur contraire à la loi ne pouvait émaner que du roi, organe de la puissance souveraine, et, comme la souveraineté du roi s'étendait indistinctement sur toutes les parties du royaume, il était naturel que les lettres de bénéfice, une fois accordées, eussent effet partout, quoique les formalités de l'entérinement ne fussent pas partout les mêmes (1). Il en est tout autrement de la déclaration au greffe que le code Napoléon prescrit; elle émane de l'héritier, c'est l'exercice d'un droit; le bénéfice d'inventaire n'est plus une faveur, dès lors l'intervention du roi n'a plus de raison d'être. D'ailleurs, dans le régime inauguré par la révolution de 1789, le roi n'a plus le droit de dispenser des lois, auxquelles il doit obéissance comme le moindre de ses sujets; pour mieux dire, il n'y a plus de sujets du roi; il y a des citoyens soumis aux lois, et le roi est le premier des citoyens. C'est ainsi que les révolutions politiques modifient le droit privé.

§ V. — *De la succession vacante.*

387. La succession vacante a donné lieu à bien des controverses, qui viennent de ce qu'on la confond avec la

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 80 (Œuvres, t. Ier, p. 776).

succession en déshérence. Dans le droit civil international, la même confusion s'est produite; de là des doutes, pour mieux dire des erreurs sur la nature du statut. Il faut commencer par rétablir les vrais principes, et la chose est facile quand on s'en tient au texte de la loi.

L'article 811 du code civil détermine les conditions requises pour qu'une succession soit vacante. Il faut d'abord que, après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, il ne se présente personne qui réclame la succession. Pendant le délai de trois mois et quarante jours, la succession n'est pas encore vacante, parce que d'un jour à l'autre il peut se présenter quelqu'un qui la réclame, et d'ordinaire les prétendants ne manquent point. S'il se présente un successible quelconque, il ne peut pas être question de vacance de l'hérédité; pour qu'elle soit vacante, il faut que personne ne la réclame, ni héritier légitime, ni successeur irrégulier, ni légataire, ni donataire. Je suppose que l'Etat, sachant que le défunt, enfant trouvé, n'a pas de parents, réclame l'hérédité comme successeur irrégulier; la succession ne sera pas vacante. On dit, dans cette hypothèse, que la succession est en déshérence; l'expression n'est pas légale, et elle est mauvaise, de là la confusion et les inévitables erreurs qui en découlent. La succession est en déshérence en ce sens qu'il n'y a pas d'autre prétendant que l'Etat; il y a droit en qualité de successeur irrégulier, et s'il use de son droit, la succession n'est pas vacante, par la raison très simple qu'elle est occupée.

L'article 811 exige une seconde condition pour que la succession soit vacante : il faut qu'il n'y ait pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus aient renoncé. S'il y a un héritier connu, il est saisi de la propriété et de la possession de l'hérédité; la succession est occupée, donc elle n'est pas vacante. Mais s'il n'y a pas d'héritier saisi, ou si les héritiers connus ont renoncé, la succession est vacante, quand même il y aurait un successeur connu; il y en a un qui est toujours connu, c'est l'Etat; s'il ne se présente pas, c'est sans doute parce que la succession est mauvaise. La succession est alors vacante, mais elle n'est pas en

déshérence, car la déshérence, dans le langage impropre de la doctrine, implique que l'Etat prend les biens quand il n'y a pas d'héritiers ni de successeurs irréguliers qui lui sont préférés (1).

388. Tels sont les principes concernant les successions vacantes et la déshérence. Reste à savoir quelle est la nature du statut de la vacance? Quant à la déshérence, c'est-à-dire, le droit de l'Etat comme successeur irrégulier, j'en ai déjà parlé, en traitant des divers ordres de successeurs (nos 255-259). Dans mon opinion, et telle est la doctrine consacrée par la jurisprudence, le statut est réel, par la raison que l'État n'est pas, à proprement parler, un successeur *ab intestat;* il n'a aucune qualité pour cela, n'étant ni parent, ni allié; il prend les biens parce qu'ils sont sans maître, en vertu du principe établi par le code Napoléon, qui attribue à l'Etat les biens qui sont sans maître. Voilà pourquoi les auteurs mêmes qui rapportent le droit de succession au statut personnel, tels que Fiore et Bertauld, sont d'avis que le statut de déshérence est réel. En faut-il dire autant lorsque la succession est vacante?

La vacance d'une succession suppose que personne ne veut l'accepter; ce qui implique que la succession est mauvaise, car, si elle était bonne, l'Etat se présenterait pour la recueillir. Ainsi les dispositions du code en matière de succession ne reçoivent pas d'application; il n'y a ni indivision, ni partage, ni contribution aux dettes, ni payement des dettes par un successeur quelconque; bref il n'y a pas de succession; il y a des biens non occupés et que personne ne réclame. Quelles sont les suites de cet abandon? Il y a lieu à la nomination d'un curateur, par le tribunal dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte. Tel est le seul lien qui existe entre la succession vacante et la succession en général; c'est de désigner le tribunal qui doit nommer le curateur : celui-ci administre la succession, il la liquide, et il rend compte de sa gestion. Dans l'intérêt de qui gère-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil,* t. IX, nos 184-186 et nos 189-191.

t-il? Dans l'intérêt des créanciers et des débiteurs, et dans l'intérêt des successeurs absents; l'Etat, quoique toujours présent, y est aussi intéressé; car si personne ne réclame, et si la succession présente un actif, l'Etat y a droit, il peut toujours se présenter, car son droit subsiste toujours; tant que les biens sont sans maître, l'Etat les recueille (C. Nap., art. 768).

En définitive, les mesures prescrites par le code civil sont des mesures de conservation, et en ce sens d'intérêt général, la société étant intéressée à ce que les biens ne périssent pas; les tiers et l'Etat y ont intérêt. A tous égards donc l'administration du curateur et sa gestion sont établies dans un intérêt public. Cela indique la nature du statut; il est réel, en ce sens que c'est l'Etat où les biens du défunt se trouvent qui seul a droit et qualité pour agir. L'Etat auquel appartient le défunt pourrait-il intervenir? S'il y avait des naturels du pays étranger intéressés à la conservation et à la liquidation, ils pourront agir personnellement, sans que l'Etat leur serve d'intermédiaire, sauf l'application des traités qui permettent aux consuls de requérir des mesures conservatoires, apposition de scellés, inventaire, vente d'objets sujets à dépérissement. Mais l'Etat étranger, comme tel, n'a aucune qualité pour intervenir, parce qu'il n'a aucun droit, pas même éventuel, sur les biens. Ici la distinction entre la vacance de l'hérédité et la déshérence reçoit son application. L'Etat étranger ne pourrait intervenir pendant la vacance qu'à titre de successeur irrégulier. Or, l'Etat étranger n'est pas un successeur *ab intestat;* il n'est pas même exact de dire que l'Etat où la succession s'est ouverte soit un vrai successeur; il ne prend pas les biens comme successeur, il les prend parce qu'ils sont sans maître, ce qui est un droit de souveraineté. De même quand le défunt laisse des biens dans sa patrie ou ailleurs, hors des limites du territoire français, la France n'y a aucun droit; c'est le souverain territorial qui seul peut les réclamer, et toujours au même titre, parce que les biens n'ont point de maître.

M. Antoine s'est prononcé pour l'opinion contraire; il

considère la déshérence comme un droit de succession, et applique, en conséquence, le principe systématique qu'il suit en cette matière, celui de la personnalité (1). A mon avis, le point de départ n'est pas exact. Le code civil traite, il est vrai, de la déshérence, au titre des Successions, et considère l'Etat comme un successeur irrégulier. Mais la classification ne prouve rien pour la nature du droit qui appartient à l'Etat; le législateur devrait bien dire ce que devient l'hérédité quand il n'y a ni parents légitimes, ni parents naturels, ni conjoint; il y appelle, dans ce cas, l'Etat; mais est-ce au même titre que les parents et alliés? Cela n'aurait point de sens : l'Etat, en tant qu'il acquiert, est une personne civile, et les personnes civiles n'ont pas qualité pour succéder. C'est ce que Savigny dit avec raison, en ajoutant qu'aucune relation de famille ne se conçoit pour des êtres fictifs. Je crois inutile d'insister.

389. Il reste encore une difficulté en cette matière. En cas de vacance, la loi prescrit d'abord la nomination d'un curateur, puis certaines formes d'après lesquelles le curateur doit agir. Dans l'ancien droit, les coutumes variaient sous ce rapport, comme en toutes choses. Froland suppose qu'un curateur est nommé sous l'empire d'une coutume qui veut, comme le code civil, qu'un curateur soit nommé à la succession vacante. Il enseigne que cette nomination aura une pleine et entière exécution dans les lieux où cette formalité est inconnue, comme en Normandie, où l'usage était d'obtenir une sentence de contumace contre les héritiers. Et réciproquement, dit Bouhier, il faut admettre qu'une pareille sentence obtenue en Normandie doit être exécutée sur les biens situés dans les autres provinces, quelque opposée qu'elle soit à leurs usages (2). Bouhier fait de cette décision un principe général qu'il applique à toutes les formalités qui étaient en usage dans les diverses coutumes, en matière de succession, en matière de séparation de biens et de garde-noble.

(1) Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire*, p. 89, n° 79.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 82 (t. Ier, p. 776).

Je n'aime pas les principes absolus dans des matières aussi diverses, et où la décision dépend de l'objet spécial des formalités. Qu'en matière de garde-noble et de conventions matrimoniales, tout soit personnel, je le crois volontiers, puisque le mariage est la base de la famille, et par conséquent de l'état des personnes; quant aux conventions matrimoniales, elles sont personnelles, comme tous les contrats. Les successions vacantes n'ont rien de commun ni avec l'état des personnes, ni avec la famille, puisque la vacance suppose qu'il n'y a point d'héritiers connus ou que les héritiers connus ont renoncé; il s'agit uniquement de prendre des mesures conservatoires. Le curateur est un mandataire judiciaire chargé d'administrer et de liquider la succession. C'est peut-être dans cet ordre d'idées que Bouhier décide que le pouvoir de l'administrateur nommé par justice s'étend sur tous les biens de l'hérédité, quand même ils seraient situés sous une coutume qui aurait des dispositions différentes. C'est une difficulté; comme elle se présente aussi pour d'autres mandataires judiciaires ou légaux, en matière de succession, je l'examinerai à la fin de cette Etude.

ARTICLE II. — DONATIONS ET TESTAMENTS. FORMES.

Section première. — De la solennité.

§ 1er. *Des formes en matière de donations et testaments.*

390. Il y a diverses espèces de formes prescrites en matière de donations et testaments. Faut-il les mettre toutes sur la même ligne, comme Bouhier semble le faire, en les soumettant toutes au statut personnel? Ce serait faire une très fausse application d'un principe auquel Bouhier lui-même n'entendait certes pas donner une pareille extension. Le statut des formes, en matière de donations et testaments, donne lieu à de grandes difficultés; avant tout il est nécessaire de distinguer les diverses espèces de formalités que le code civil prescrit.

Aux termes de l'article 939, « lorsqu'il y a donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés ». Dans le système du code Napoléon, cette disposition était particulière aux donations ; elle ne s'appliquait pas à la transmission des biens faite à titre onéreux. La loi hypothécaire belge et la loi française sur la transcription ont généralisé le principe de l'article 944, en l'étendant à tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Il convient donc de rapporter la disposition spéciale de l'article 939 à la règle dont elle n'est plus qu'une application. J'en traiterai dans la partie de ces Etudes qui concerne les droits réels. Elle n'a du reste rien de commun avec les donations considérées en elles-mêmes. L'article 938, très mal rédigé du reste, prend soin de dire que la donation est parfaite par le seul consentement des parties ; il faut ajouter donné dans les formes prescrites par la loi ; la transcription n'est exigée que dans l'intérêt des tiers auxquels une donation non transcrite ne peut être opposée.

Les testaments ne sont pas sujets à transcription, ni par le code civil, ni par les lois nouvelles portées en France et en Belgique. Il y a exception pour les substitutions fidéicommissaires que le code permet de faire aux père et mère, et aux frères et sœurs. L'article 1069 porte : « Les dispositions par actes entre-vifs ou *testamentaires*, à charge de restitution, seront rendues publiques ; savoir quant aux immeubles, par la *transcription* des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation, et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'*inscription* sur les biens affectés au privilége. » Cette disposition met les testaments sur la même ligne que les donations, en matière de substitutions : j'y reviendrai, en traitant de la publicité des actes translatifs de propriété.

391. Nous arrivons aux formes proprement dites, celles qui sont requises dans la rédaction des actes et

auxquelles on applique, en général, l'adage *Locus regit actum*. Ici les difficultés abondent. Au premier abord, on croirait qu'il ne s'agit que d'appliquer le principe traditionnel des formes. Il n'en est rien. Les formes auxquelles on applique l'adage sont celles que l'on appelle extrinsèques ou instrumentaires ; cette dernière expression devrait être préférée, car elle est très significative. Les formes instrumentaires sont celles qui concernent l'*instrumentum*, c'est-à-dire l'écrit que les parties dressent pour avoir une preuve de leurs conventions ou dispositions. Ces formes sont étrangères au fait juridique, lequel est valable indépendamment de l'écrit qui est dressé pour servir de preuve littérale. La vente est valable entre les parties, quand même il n'y aurait pas d'écrit qui la constate; et si un écrit avait été dressé, la nullité de l'acte n'aurait aucune influence sur la validité de la vente; tout ce qui en résulterait, c'est que les parties n'auraient pas de preuve littérale de la vente,mais elles seraient admises à la prouver par les autres modes légaux de preuve.

C'est l'acte, en tant qu'il sert à la preuve, qui est régi par l'adage *Locus regit actum*. Est-ce aussi là l'objet des formes auxquelles sont assujetties les donations et testaments? Non, les formes, en cette matière, sont requises pour la validité du fait juridique, de sorte que la donation et le testament sont nuls par cela seul que les formes légales n'ont pas été observées, la nullité de l'écrit entraîne la nullité du fait juridique. A mon avis, il faut aller plus loin et dire que la forme, en matière de donations et de testaments, tient à la substance du fait juridique, en ce sens qu'elle est une des conditions prescrites pour l'existence même de la donation ou du testament; d'où suit que si aucun acte n'a été dressé, ou si l'acte est nul, la donation et le testament sont plus que nuls, ils n'existent pas aux yeux de la loi, ce qui rend applicables les principes qui régissent les actes inexistants, ils ne produisent aucun effet; on ne peut les confirmer, et le vice radical qui les empêche d'exister ne peut être couvert par aucune prescription.

Ici les difficultés et les controverses commencent. La

théorie même des actes inexistants est contestée; la cour de cassation de Belgique ne l'admet point; et, par suite, les cours d'appel évitent d'en faire l'application. Alors même que l'on admet la théorie, de nouveaux doutes surgissent quant aux conditions requises pour l'existence des faits juridiques : la forme est-elle une des conditions requises dans certains contrats ou actes nommés *solennels*, pour marquer que les formes prescrites par la loi le sont pour l'existence même du fait juridique? Oui, dans mon opinion. La conséquence est très grave; c'est que les contrats et actes solennels doivent être reçus, même à l'étranger, dans la forme prescrite par le code civil, en ce sens que si le code civil exige l'authenticité, comme pour les donations, l'acte de donation doit être reçu en pays étranger dans la forme authentique, sinon il n'y aura pas de donation. Les testaments sont soumis à la même règle, mais l'application en est encore plus difficile, puisque le droit français admet trois formes de testament, dont deux sont des écrits sous seing privé, ce qui n'empêche pas que tous soient solennels, car le testament olographe et le testament mystique doivent être faits dans de certaines formes sous peine de nullité, aussi bien que le testament reçu par acte notarié.

Toutes ces questions sont controversées, et ce qui augmente l'embarras, dans l'application de ces principes au droit civil international, c'est que les auteurs qui écrivent sur notre science semblent ignorer la distinction que l'on fait, en droit français, entre les actes solennels et les actes non solennels, ou ils disent qu'elle est indifférente dans le conflit des lois. Je crois que la distinction doit être faite en droit français, et elle est consacrée très clairement par la loi hypothécaire belge. Je dois donc en tenir compte dans le statut des formes. Toutefois je le fais avec une réserve; je n'entends pas dire que la distinction a un fondement rationnel. Autre chose est la question de savoir quelle est la doctrine consacrée par le code civil, et autre chose celle de savoir si elle est fondée en raison, Cette dernière difficulté est à l'adresse du législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte, sauf à la signa-

ler, et à en dire son avis; ce que je ne manque jamais de faire, surtout dans le cours de ces Etudes, qui sont moitié théoriques, moitié positives, notre science étant encore à faire sous bien des rapports.

§ II. — *De la solennité.*

392. Y a-t-il, en droit français, des actes solennels? Et notamment les donations et testaments doivent-ils être rangés parmi ces actes, en prenant le mot *solennel* dans le sens que je viens de lui donner? La question est controversée; la jurisprudence, sans s'embarrasser de la théorie, s'est prononcée pour la négative. J'ai dit ici même (t. II, n° 243) que les arrêts, même de la cour de cassation, en cette matière n'ont aucune autorité, par l'excellente raison que tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt, et quand les cours ne font rien qu'affirmer, je ne reconnais aucune valeur à leurs décisions. Le législateur affirme ce qu'il croit utile ou nécessaire, et avant tout, ce qui est juste, parce que les lois doivent être l'expression de la justice éternelle. Le juge prouve, il ne peut pas se borner à affirmer, car il est enchaîné par la loi; il doit donc prouver que sa décision est conforme au texte et à l'esprit de la loi. Or, dans l'espèce, les arrêts ne disent rien, sinon que la donation reçue en pays étranger étant faite dans les formes voulues par la loi du lieu où l'acte a été dressé, il y a lieu d'appliquer le vieil adage *Locus regit actum*. Les cours ne paraissent pas même se douter que cet adage ne reçoit son application qu'aux formes instrumentaires, qu'il est inapplicable aux formes que l'on appelait jadis intrinsèques, parce qu'elles tiennent, non à la preuve, mais à la substance et aux entrailles du fait juridique. De là dépendait cependant la décision du litige, et la question valait bien la peine d'être examinée, puisqu'elle est capitale.

Je renvoie à ce que j'ai dit, dans cette même Etude, de la doctrine (t. II, n° 242). A mon avis, les auteurs aussi se sont trompés ; nous nous trompons tous; ce n'est donc pas par envie de critiquer que je critique; mes observa-

tions s'adressent, non à l'homme que je ne connais pas, mais à la doctrine que j'ai le droit et le devoir de discuter. Nos anciens étaient francs jusqu'à la dureté, et ils ne ménageaient guère leurs expressions. C'est un excès, si l'on veut, mais, pourvu que l'auteur prouve ce qu'il avance, je préfère sa franchise un peu rude à la manière moderne ; on loue tout, en distribuant un sourire à droite et un compliment à gauche. C'est tromper le public, ce qui est déjà un grand mal, puisque dans ce public se trouve la jeunesse qui a besoin d'être guidée et éclairée; il faut donc lui dire la vérité. C'est, après tout, le premier devoir du jurisconsulte, qu'il parle dans sa chaire, ou qu'il écrive ; et j'en dis autant du magistrat qui occupe le siége du ministère public.

393. On semble ignorer ou nier qu'il y a des actes solennels. Ouvrons le code, et consultons le texte, sans négliger l'esprit de la loi. Cette Etude a précisément pour objet deux actes solennels, à mon avis, les donations et les testaments. Le premier article de notre titre porte : « On *ne pourra disposer* de ses biens, *à titre gratuit, que* par donation entre-vifs ou par testament, *dans les formes* ci-après établies. » Voilà un texte restrictif, qui implique une prohibition absolue. Il n'y a pas, dans le code civil, de disposition analogue pour les actes à titre onéreux. Quand la loi parle de la forme de ces contrats, c'est au point de vue de la preuve, et elle s'énonce en termes déclaratifs ; ainsi l'article 1582 porte que la vente *peut* être faite par acte authentique ou sous seing privé ; plus une apparence de restriction ni de prohibition. De même l'article 1714 dit qu'on peut louer ou par écrit ou verbalement. Ces dispositions sont même inutiles puisqu'elles ne font qu'appliquer le droit commun : la liberté de contracter, et les formes de l'écrit qui constate les conventions, réglées par les principes généraux sur les preuves. Voilà une différence marquée entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, elle doit avoir sa signification et sa raison d'être.

La donation dépouille le donateur : Cujas disait que le titre qui en traite s'adresse aux sots. Je ne voudrais pas

en dire autant ; faire une libéralité est un sacrifice de ses intérêts, et n'est-ce pas un devoir que l'abnégation et le dévouement ? et ce devoir n'est-il pas la base de la morale ? Dire que c'est une folie de donner, n'est-ce pas prêcher l'égoïsme, cette lèpre de l'âme, le vrai péché originel qui infecte le genre humain ? Toutefois, il y a bien des libéralités auxquelles on pourrait appliquer le mot de Cujas. Celui qui donne se dépouille soi-même, mais il dépouille aussi ses héritiers; et celui qui teste dépouille exclusivement sa famille : on peut dire du testament que c'est la libéralité de l'égoïste plutôt que du sot. C'est plus que folie, quand le disposant cède à de mauvaises passions; jadis les libéralités entre concubins étaient défendues, et je ne sais pourquoi le législateur français n'a pas maintenu la prohibition.

Les libéralités ont un autre écueil : ce sont les viles spéculations de ceux au profit desquels elles se font. Il est rare que le donateur ou le testateur obéisse à de mauvais sentiments; donner est au moins un acte de générosité, mais il faut pour cela que le disposant jouisse de son entière liberté; et qui ne sait les séductions, les captations qui l'entourent, qui obscurcissent sa raison et qui aveuglent sa conscience ?

Le danger s'accroît et prend des proportions effrayantes, quand les libéralités se font au profit de l'Eglise et de ses établissements. C'est l'Eglise qui a introduit les testaments chez les nations d'origine germanique; nos ancêtres les ignoraient, et ce n'est pas faire injure à l'Eglise que de croire que si elle a appris aux fidèles à tester, ce n'est pas précisément dans l'intérêt de leur salut; d'ailleurs, les faits sont là : les donations et les testaments dictés par les moines au profit de leur couvent. De bonne heure les Pères de l'Eglise, inspirés, je n'en doute pas, par un excellent sentiment, ont enseigné que l'aumône lave les péchés, et la meilleure aumône n'est-elle pas celle qui se fait à l'Eglise? Voilà le principe de la captation religieuse; dans les mains de moines aussi ignorants que cupides, la captation ressemblait parfois à une escroquerie. Faut-il ajouter que l'œuvre des captateurs se poursuit sous nos

yeux, et qu'ils sont en train de reconstituer les milliards que la révolution française leur a enlevés ? Ce sont des libéralités faites en fraude de la loi, soit au profit de communautés non autorisées, soit au profit de communautés autorisées, il est vrai, mais recourant à la fraude pour échapper aux restrictions que leur impose la loi de leur existence. Que de raisons pour voir avec défaveur les donations et les testaments qui se font pour cause de religion ou de charité ! Et comme on ne sait jamais qui est le vrai donataire ou légataire, parce que la fraude est devenue une nécessité pour les moines et pour les religieuses, toute libéralité ne doit-elle pas être suspecte ? N'est-ce pas là un motif péremptoire pour entourer les donations et les testaments d'entraves, en exigeant des formes nombreuses pour leur validité, leur existence même ? N'importe-t-il pas que des libéralités qui ont pour objet de reconstituer la mainmorte soient considérées par la loi comme inexistantes ? Les formes acquièrent dans cet ordre d'idées une importance qu'elles n'ont pas dans les actes ordinaires ; elles deviennent une condition d'existence des libéralités. Que le législateur réussisse ou non à empêcher la fraude en multipliant les formes et en déclarant inexistantes les libéralités nulles en la forme, cela est indifférent ; de ce que la loi n'atteint pas toujours son but, on ne doit pas conclure que la loi ne doit rien faire ; elle doit, au contraire, tout tenter pour empêcher la fraude, et pour assurer la liberté pleine et entière du testateur et du donateur. Cela justifie les exigences de la loi quant aux formes et cela explique aussi la sévérité du législateur quand les formes n'ont pas été observées. Il doit supposer que le consentement n'a pas été libre, et que l'on a voulu frauder la loi. Or le consentement est de l'essence du contrat, comme la liberté de volonté est de l'essence du testament; de même la fraude à la loi vicie l'acte juridique dans sa substance. Voilà pourquoi les dispositions entre-vifs, nulles en la forme, sont considérées comme inexistantes. Cela est rigoureux, mais, dans l'espèce, la sévérité est une nécessité (1).

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 111 et 125, nos 98 et 100.

N° 1. DES DONATIONS.

394. Le code civil consacre-t-il cette théorie? Ici les doutes commencent. On cite l'article 893 qui porte : « On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, *dans les formes ci-après établies.* » Puis vient l'article 931 qui dispose que tous actes portant donation entre-vifs seront passés par devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats, et qu'il en restera minute sous peine de nullité. Il résulte de là que l'on ne peut, d'après le code Napoléon, disposer à titre gratuit, entre-vifs, que par acte notarié; la donation est donc, dit-on, un contrat solennel pour l'*existence* duquel un acte authentique est nécessaire; sans acte notarié, il n'y a pas de donation. Est-ce bien là le sens des articles 893 et 931? Il est certain que les textes ne disent pas que la donation est inexistante, ou radicalement nulle, ou nulle de plein droit, quand elle n'est pas faite dans les formes légales; tout ce qu'on en peut induire, c'est que les formes sont requises pour la *validité* de la donation, et que la donation est nulle quand l'acte est nul. Les travaux préparatoires laissent également la question douteuse. Avant l'ordonnance de 1731, la donation n'était soumise à aucune forme particulière, donc le contrat n'était pas solennel; l'ordonnance statua que les actes portant donation seraient passés par devant notaires. Quels sont les motifs de cette innovation? Les auteurs anciens s'accordent à dire que l'authenticité est prescrite afin d'assurer l'irrévocabilité des donations, et Bigot-Préameneu reproduit cette raison dans l'exposé des motifs. A vrai dire, la solennité de la donation et son irrévocabilité tiennent à une seule et même cause, la défaveur qui, dans l'ancien droit, frappait les donations entre-vifs. Sous prétexte de garantir la volonté des parties contractantes, on voulait, en réalité, les empêcher de contracter.

395. Les auteurs modernes ne s'expliquent pas sur la question de la solennité, c'est-à-dire de l'inexistence ou de la nullité de la donation quand les formes n'ont pas été observées. Toullier et Duranton critiquent la théorie tra-

ditionnelle; Coin-Delisle, Troplong, Mourlon font valoir les considérations que je viens d'exposer (n° 393) : on présume que le consentement n'a pas été libre ni réfléchi, quand les formes solennelles n'ont pas été observées. Mais ne faudrait-il pas une disposition formelle pour établir cette présomption (1)? Il y a un texte qui paraît décisif. L'article 1339 suppose que la donation est nulle en la forme, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été faite par acte authentique, ou que l'acte notarié est nul; cette donation peut-elle être confirmée? Le code décide que le donateur ne peut *réparer* par aucun *acte confirmatif* les *vices* de cette donation. Cela suppose que la donation, faute de solennité, est inexistante. En effet, si elle était simplement nulle, les vices qui l'entachent pourraient être effacés par une confirmation; il en est autrement quand un acte n'a pas d'existence légale; on ne confirme pas le néant. Ce principe a été établi avec une grande netteté par le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat; l'article 1339 l'applique à la solennité: « nulle en la forme, il faut que la donation soit refaite en la forme légale ». C'est bien dire qu'il n'y a point de contrat que l'on puisse confirmer; donc, sans solennité, il n'y a pas de donation : les formes légales sont donc prescrites pour que le contrat existe. A s'en tenir au texte, cela paraît évident; cependant il y a de nouveaux doutes quand on recourt aux travaux préparatoires et aux interprètes du code Napoléon. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces débats; je renvoie à mes *Principes de droit civil* (2). Le texte de l'article 1339 est clair, et c'est le texte qui fait loi, et non les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat.

396. Il y a de nouvelles difficultés en ce qui concerne d'autres formes prescrites par le code civil. L'article 932 porte : « La donation entre-vifs *n'engagera* le *donateur*, et *ne produira aucun effet*, *que du* jour qu'elle aura été *acceptée en termes exprès*. » Ce texte est si formel, qu'il est impossible de ne pas admettre que, dans la pensée du

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. XII, p. 280, nos 220 et 221.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVIII, nos 585, 586 et 590.

législateur, l'acceptation expresse soit requise pour l'existence de la donation. Qu'est-ce qui forme l'essence du contrat? C'est l'obligation qui en résulte pour le débiteur. Dans la donation, il n'y a qu'un seul débiteur, c'est le donateur; et la loi dit que le donateur n'est obligé que du jour de l'acceptation expresse; donc, tant qu'il n'y a point d'acceptation expresse du donataire, il n'y a pas de contrat. L'article 932 confirme la théorie de la solennité de la donation: tout y est subordonné à l'observation des formes légales. Il ne suffit pas du consentement, il faut qu'il soit exprimé par acte authentique; cela même ne suffit pas, il faut que le donataire accepte en termes exprès, sinon il n'y a pas de donation. Pourquoi cette rigueur et ces exigences? La loi subordonne la donation à l'accomplissement des formes qu'elle prescrit, d'une part parce qu'elle veut entraver les donations, et, d'autre part, parce qu'elle veut avoir la garantie complète de la volonté libre et réfléchie des parties. En ce qui concerne l'acceptation expresse, il est difficile de croire que le dernier motif soit sérieux; il témoigne d'autant plus pour la rigueur de la loi. Quand la forme la moins importante est prescrite pour l'existence de la donation, il faut bien admettre qu'il en est de même de l'authenticité.

397. Ce n'est pas tout. Si le donataire n'est pas présent à l'acte, l'acceptation peut se faire par un acte postérieur et authentique. Cela suffit-il? Non; l'article 932 ajoute que, dans ce cas, la donation *n'aura d'effet* à l'égard du donateur, *que du jour* où l'*acte* qui constatera cette *acceptation* lui aura été *notifié*. Ainsi le concours du consentement des deux parties doit être constaté par un nouvel acte authentique, la notification; preuve que tout, dans la donation, est solennel, et preuve aussi que la solennité est de la substance du contrat, car dire que la donation *n'a pas d'effet* à l'égard du *donateur*, tant que l'acceptation authentique du donataire ne lui a pas été notifiée par un acte authentique, c'est bien dire que jusque-là la donation n'existe point, de sorte que la donation pourra être révoquée par le donateur. J'insiste sur ce point, parce qu'il me paraît décisif. Dans tout contrat,

il faut qu'il y ait *concours* de consentement, et quand les deux parties ne sont pas présentes, il faut que le consentement de celle qui a accepté postérieurement soit venu à la connaissance de l'autre. Ainsi consentement de celui qui fait l'offre, consentement de celui qui l'accepte, et connaissance de cette acceptation, telles sont les conditions sans lesquelles il n'y a pas de consentement. Ces mêmes conditions sont requises pour la donation, mais avec ce caractère également essentiel, qu'elles soient constatées par un acte authentique ; le consentement du donateur n'existe donc que lorsqu'il l'a donné par acte notarié, l'acceptation du donataire n'existe que lorsqu'elle est faite par acte notarié ; et le concours des deux consentements n'existe également que lorsqu'il est constaté par un nouvel acte authentique. Ainsi tous les éléments du contrat sont solennels, en ce sens qu'ils n'existent que lorsqu'ils sont constatés dans la forme authentique. N'est-ce pas la preuve évidente que la donation est un contrat solennel, et que la solennité est une condition prescrite pour l'existence du contrat? Je ne justifie pas la loi, je l'interprète.

398. Il y a encore une disposition, en matière de donations, qui est conçue dans le même sens ; je la cite, parce qu'elle intéresse les libéralités faites aux établissements d'utilité publique, et c'est surtout en cette matière que le formalisme du code civil est nécessaire. L'article 938 porte que la donation *dûment acceptée* sera parfaite par le seul consentement des parties ; il faut ajouter que ce consentement doit être exprimé dans les formes légales, cela est vrai du consentement du donateur, aussi bien que de l'acceptation du donataire. Le code civil détermine le mode d'acceptation, et les personnes qui ont qualité pour accepter ; quand une libéralité est faite à un établissement d'utilité publique, la donation doit être acceptée par les administrateurs, *après y avoir été dûment autorisés* (art. 937). L'article 910 porte que les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit d'établissements d'utilité publique, n'auront leur *effet* qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. C'est la repro-

duction de l'ancien statut de mortemain qui existait dans tous les pays catholiques. Il en résulte qu'il ne suffit pas, pour qu'une corporation puisse recevoir à titre gratuit, qu'elle ait obtenu la personnification. La reconnaissance la rend seulement habile à recevoir; pour que les libéralités qui lui sont faites aient effet, il faut, de plus, un décret; jusque-là, elles n'ont pas d'effet, c'est dire qu'elles n'existent pas : c'est l'expression légale pour indiquer que les conventions sont inexistantes (art. 1131). Le principe est d'une grande importance, en ce qui concerne les communautés religieuses non autorisées, ce qui, en Belgique, est la règle. Toute libéralité qui leur est faite est sans *effet*, donc inexistante, parce qu'elles ne peuvent être autorisées à l'accepter, tant qu'elles ne sont pas reconnues par une loi : c'est le *néant*. En ce qui concerne les communautés qui, à l'ombre de la liberté, reconstituent la mainmorte, la rigueur de la loi a sa raison d'être; il importe que les libéralités qu'elles reçoivent soient constatées par des actes authentiques, afin que l'on constate la fraude et que l'on y mette fin, en enlevant aux spoliateurs des familles les biens qu'ils ont illégalement acquis. Je renvoie, sur ce point, aux longs développements que j'ai donnés dans l'avant-projet de révision du code civil.

N° 2. DES TESTAMENTS.

899. L'article 893 subordonne la faculté de tester, aussi bien que celle de disposer entre-vifs, à l'observation des formes établies par le code. Ces formes varient d'après les divers testaments : sont-elles requises pour l'existence des testaments, en ce sens que les actes de dernière volonté n'auront aucun effet, s'ils ne sont pas reçus dans les formes légales? C'est l'opinion assez généralement enseignée, au moins en ce qui concerne le principe; mais elle souffre de grandes difficultés.

Aux termes de l'article 1001, « les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis doivent être observées *à peine de nullité*. L'expression *à peine de nullité* signifie, dans le langage de la loi, que l'acte est *nul*

pour inobservation des formes, c'est-à-dire qu'*il peut être annulé*; je ne connais pas d'article du code où le mot *nullité* soit employé comme synonyme d'*inexistence*.

Dans l'opinion générale, les testaments sont plus que nuls quand les formes légales n'ont pas été observées, ils sont inexistants. Merlin, qui s'est tant occupé des testaments et des formalités que le code prescrit, est très explicite sur ce point. « Les formalités testamentaires, dit-il, sont, aux yeux de la loi, le seul moyen de constater la volonté du testateur; *lorsqu'elle est dénuée de ces formalités, la volonté du testateur est absolument sans effet.* » En théorie, cela n'est guère douteux, une fois que l'on admet la solennité des donations; le legs est aussi une espèce de donation, d'après la définition qu'en donnent les jurisconsultes romains; si la donation entre-vifs est un acte solennel, il en doit être de même de la donation testamentaire. Mais la difficulté est de trouver un fondement légal à cette théorie; les articles que j'ai cités pour établir la solennité des donations ne s'appliquent pas aux testaments, et il n'y en a pas d'autres sur lesquels on puisse prendre appui. Merlin cherche une raison de décider dans l'essence même du testament : « Qu'est-ce qu'un testament? C'est la déclaration que fait un homme de ses dernières volontés dans les formes établies par la loi. Le testament n'existe donc que par la parfaite observation des formalités qui le constituent. Il n'y a donc pas de testament là où ces formalités manquent. » C'est le *néant*, ajoute Merlin ; on ne saurait mieux qualifier les actes qui n'ont pas d'existence légale. Troplong dit dans des termes tout aussi énergiques que le testament nul en la forme est *mort-né*, il ne meurt pas, il n'a jamais vécu (1). Le seul article que l'on cite, l'article 893, ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Sans doute, on ne peut disposer que dans les formes voulues par la loi; mais quelle sera la conséquence de l'inobservation de ces formes? Le code ne le dit pas : ce peut être la nullité, ce peut être l'inexistence; lequel est-ce? Le texte ne décide pas la question.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, n° 141.

Il ne faut pas attacher trop d'importance au silence de la loi. Elle n'établit nulle part, d'une manière formelle, la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls; cependant les auteurs modernes l'admettent tous, et la jurisprudence française la consacre. Les principes qui découlent de l'essence des faits juridiques ont aussi leur importance. Il est certes de l'essence des contrats qu'il y ait consentement, puisque le contrat n'est pas autre chose qu'un concours de consentement; eh bien, à s'en tenir aux termes de l'article 1108, il faudrait dire que le consentement est seulement requis pour la *validité* des conventions, et non pour leur *existence ;* il en est de même de l'objet et de la cause. Or plusieurs de ces conditions sont communes aux legs : conçoit-on un legs sans objet? et le législateur pourrait-il reconnaître un effet quelconque à un legs qui aurait pour cause un fait illicite? Le consentement, c'est-à-dire la volonté de donner, est tout aussi essentiel. Reste à savoir si le consentement existe quand il n'a pas été exprimé dans les formes légales? On admet la négative pour les donations ; il y a identité de motifs pour le testament. Ce n'est pas assez dire : la volonté du testateur est bien plus sujette à être altérée que celle du donateur. Le testateur dispose au moment de mourir, ou en considération de la mort ; son intelligence et sa conscience sont affaiblies ; il est obsédé par les intrigues de ceux qui l'entourent. Que sera-ce si le testament est fait en faveur d'une communauté religieuse? On abuse du plus puissant des mobiles, la religion; on exploite la crainte des âmes faibles et de ceux qui ont beaucoup de fautes à se reprocher. Dira-t-on que ceux dont la raison et la volonté sont altérées par la superstition et par l'ignorance ont la liberté d'esprit nécessaire pour tester? Que doit faire le législateur pour avoir une garantie que le testament soit l'expression d'une volonté saine et réfléchie? Les formes sont l'unique garantie possible, pour les testaments comme pour les donations. Cela justifie l'assimilation des donations et des testaments, que l'article 893 consacre, et l'on en peut induire, par voie d'analogie, que les formes sont substantielles dans l'un et l'autre acte.

400. Le principe se justifie assez facilement. Il n'en est pas de même des conséquences qui en découlent. Ici le doute reparaît, et il est naturel. Même dans les contrats ordinaires il y a de grandes incertitudes, en ce qui concerne les actes inexistants; la jurisprudence est hésitante, et la doctrine mal assurée. On peut s'en convaincre en lisant les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat, sur les articles 1339 et 1340, et les opinions discordantes des auteurs : c'est une mer de doutes. J'ai dit la même chose de la jurisprudence en matière de testaments : elle ressemble à un vaisseau ballotté par les vents, sans gouvernail et sans pilote. J'ai ajouté que la faute en est, non aux interprètes, mais au législateur; il y a lacune dans la loi et c'est à lui de la combler (1). Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans des détails qui concernent le droit civil plutôt que le droit international privé. Le principe suffit à mon but; tout le monde est d'accord que le testament est un acte solennel, ainsi que la donation. Cela est décisif en ce qui concerne le statut. Malheureusement les difficultés recommencent et redoublent quand il s'agit de la nature du statut. Nous allons d'abord entendre la tradition.

Section II. — Du statut de la solennité.

§ Ier. — *Le principe.*

401. « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895). Cette définition ne parle pas des formes, elle considère le testament comme un acte translatif de propriété. Sous ce rapport la loi l'assimile aux donations, aux successions et aux obligations, pour mieux dire aux contrats (art. 711). Il y a une grande différence entre la succession et les donations entre-vifs ou testamentaires. La propriété se transmet et s'acquiert par succession, sans formalité

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 509, n° 430.

aucune, tout se fait de plein droit, en vertu de la loi. La donation et le testament sont aussi des actes translatifs de propriété, mais ici c'est la volonté du donateur et du testateur qui opère la transmission, avec le concours du donataire et du légataire qui acceptent. La volonté seule ne suffit pas, il faut qu'elle s'exprime dans les formes prescrites par la loi. Il y a donc deux éléments dans la donation entre-vifs ou testamentaire, le fait juridique et la solennité. Le fait juridique par lui seul ne transfère pas la propriété, il faut de plus qu'il ait été accompli dans les formes que la loi prescrit; quand les formes n'ont pas été observées, la donation et le testament sont censés ne pas exister, et par suite il n'y a pas de translation de propriété. En ce sens les solennités et le fait juridique s'identifient. Est-ce à dire que le statut aussi soit le même, pour le fait juridique et pour les formes? Cette confusion est à peu près générale, dans la doctrine et dans la jurisprudence? Cependant la conséquence à laquelle elle aboutit n'est pas exacte, et il est facile de le prouver.

Il ne faut pas confondre les solennités dans les contrats ou actes solennels, avec les formes dans lesquelles les faits juridiques doivent être constatés. La solennité dépend du statut personnel ou réel, les formes des actes ne dépendent ni de l'un ni de l'autre. Je l'ai déjà dit pour les formes qui tombent sous l'application de l'adage traditionnel *Locus regit actum* (1). Le statut de ces formes n'est pas personnel, car il n'a rien de commun avec l'état et la capacité des parties; il n'est pas réel, car ce ne sont pas les formes du lieu où les biens sont situés que l'on observe dans la rédaction de l'acte, ce sont les formes du lieu où l'acte est dressé : donc la théorie des statuts est hors de cause. Il n'en est pas de même du statut qui détermine la solennité d'un fait juridique. C'est le législateur qui décide si un acte est *solennel*, soit à raison de la situation des biens, dans ce cas le statut est réel; soit à raison de l'état des personnes, dans ce cas le statut est personnel. Je

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 420, n° 235, et mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 156, n° 148.

prends des exemples. D'après notre loi hypothécaire, l'hypothèque est un acte solennel, je le prouverai dans la suite de ces Etudes ; de quel statut dépend la solennité? C'est à raison de l'importance du contrat d'hypothèque que la loi en a fait un acte solennel ; cet acte se lie au crédit du propriétaire et, par suite, au régime économique, agricole, industriel, et ce régime a un rapport direct avec la richesse individuelle et générale ; pour toutes ces raisons la solennité de l'hypothèque forme un statut réel. Les immeubles, je le suppose, sont situés en Belgique ; la loi belge organise le régime hypothécaire en vue du développement de la richesse publique, c'est donc la loi territoriale qui établit la solennité, partant le statut est réel. Est-ce à dire que les formes qui constituent la solennité dépendent aussi de la loi de la situation des biens? Non, ici intervient l'adage *Locus regit actum*. Si l'hypothèque est constituée à l'étranger, sur des biens situés en Belgique, l'hypothèque sera-t-elle un acte solennel? Oui, à raison de la situation des biens en Belgique, ce qui rend la loi territoriale applicable. En quoi consiste la solennité? L'acte doit être authentique. Dans quelles formes l'acte doit-il être dressé, pour qu'il ait le caractère d'authenticité? Dans les formes du lieu où l'acte est reçu ; donc d'après la loi allemande, si l'acte est reçu en Allemagne. On le voit ; le statut de la solennité n'est pas le statut des formes ; le premier dépend de la loi territoriale belge ; le second dépend du lieu où l'acte est dressé, c'est le statut *local*, sans que l'on puisse dire que ce statut est *réel;* en effet, le statut réel, dans l'espèce, c'est la loi belge, tandis que le statut des formes est la loi allemande (1). Donc les deux statuts diffèrent, et l'on doit se garder de les confondre.

402. Cette même distinction s'applique à la donation, si l'on admet, comme on le doit, à mon avis, que c'est un acte solennel. De quelle loi dépend la solennité, dans ce cas? Il faut voir pour quel motif la loi a fait de la donation un contrat solennel. C'est pour avoir une garantie

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 240 et 241.

que la libéralité est l'acte d'une volonté libre et d'une conscience éclairée; cette considération tient à des causes essentiellement personnelles; donc c'est le statut personnel qui décidera si le statut est personnel ou réel. Cette décision n'est pas absolue; car les motifs pour lesquels la loi établit la solennité peuvent varier d'un pays à l'autre. Dans l'ancien droit, on aurait décidé, sans doute aucun, que le statut de la solennité est réel, parce que les formes solennelles avaient pour objet d'entraver les donations afin de conserver les biens dans les familles; ce qui rend le statut réel; et on peut encore soutenir aujourd'hui comme je l'ai supposé dans ces Etudes, que le statut est réel, puisque le législateur français a consacré la tradition en cette matière. La solution est douteuse, dans l'espèce, parce que les principes d'où dépend la solennité sont douteux. En se plaçant sur le terrain du droit moderne, on doit admettre, à mon avis, que le statut de la solennité est personnel, puisque l'esprit de notre droit n'est plus de conserver les biens dans les familles. C'est dans cette supposition que je vais appliquer le principe.

Un Français fait en Allemagne une donation de biens situés en France; le droit allemand n'exige pas que la donation soit faite par acte authentique, la donation peut se faire d'après le droit commun, donc sous seing privé. Il a été jugé qu'elle est valable (1). Si l'on admet le principe que je viens d'établir, on doit décider que la donation est nulle, plus que nulle, inexistante. En effet, la question de savoir si la donation est un acte solennel ou non solennel dépend du statut personnel du donateur, partant de la loi française; et c'est encore de la loi française que la solution dépendrait, si le statut était réel, puisque je suppose que les biens sont situés en France. Or, d'après la loi française la donation est un contrat solennel, et elle reste un contrat solennel, alors même qu'elle est faite en pays étranger, puisque, dans toute hypothèse, la solennité dépend du statut français. De là suit que la donation doit être faite par acte authentique. Les formes de l'authenti-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 155, n° 99.

cité dépendront du statut local; c'est l'application de l'adage *Locus regit actum*. Ma conclusion est que la donation faite sous seing privé est radicalement nulle, puisqu'elle est contraire à la solennité requise pour l'existence du contrat.

403. Faut-il appliquer cette doctrine aux testaments? Oui, en tant que le testament est un acte solennel, en vertu du code Napoléon, et n'existe, par conséquent, que s'il a été reçu dans les formes que la loi prescrit. Mais dans l'application du principe, il se présente des difficultés qui ne se rencontrent pas dans les autres actes solennels. Pour l'hypothèque, la donation, et il faut ajouter le contrat de mariage, la solennité consiste dans la forme authentique, tandis que pour les testaments, il y a trois espèces de solennités, le testament public, le testament olographe et le testament mystique : on ne peut donc pas dire du testament ce que je viens de dire de la donation, qu'il doit être reçu à l'étranger dans les formes que les lois locales prescrivent pour les actes authentiques, car il peut aussi être reçu par acte sous seing privé, moyennant certaines conditions de formes. Pour ces formes, il faudra encore appliquer l'adage *Locus regit actum*; mais ici il y a difficulté. Toute espèce d'écrit sous seing privé ne serait pas un testament solennel; ce qui constitue la solennité du testament olographe et du testament mystique, c'est que ces actes exigent certaines formes particulières, sans lesquelles l'acte n'est plus solennel. Il faut d'abord un écrit; cela est de l'essence du testament français; le code Napoléon n'admet pas de testament verbal ou nuncupatif (1); donc un testament pareil, fait à l'étranger par un Français, n'aurait aucune valeur en France, et ne serait pas un acte de dernière volonté. Vainement invoquerait-on l'adage *Locus regit actum* : cette règle est subordonnée à la solennité, quand l'acte est solennel; ainsi on ne peut pas l'invoquer pour la donation, pour l'hypothèque, comme je viens de le dire (nos 401 et 402), et par identité de motifs on ne peut s'en prévaloir pour le testament; il faut

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, n° 105.

avant tout que l'acte de dernière volonté soit solennel, et il ne l'est, en droit français, que s'il est dressé par écrit. Cela ne suffit pas. Le code civil exige certaines formes pour que l'écrit sous seing privé soit un testament olographe ou un testament mystique; ces formes sont substantielles, il faut qu'à l'étranger on observe des formes analogues, sinon il n'y aura pas de testament. Je reviendrai sur ce point, parce qu'il donne lieu à de nouvelles difficultés.

§ II. — *La tradition du statut des formes.*

404. Les anciens auteurs ne font pas la distinction que je viens d'établir entre la solennité et la forme. Ils ne s'occupent que de la question de savoir quel est le statut qu'il faut suivre pour déterminer les formes qui doivent être observées : est-ce le statut de la situation des biens, c'est-à-dire le statut réel? ou est-ce le statut du lieu où le testament est dressé? C'est-à-dire, faut-il appliquer la règle du lieu où l'acte est dressé, ou doit-on recourir au statut personnel, celui du domicile du testateur?

L'opinion la plus ancienne se prononçait pour la réalité du statut des formes. Bourgoingne, cet excellent jurisconsulte flamand, enseigne que le testateur doit suivre la loi de la situation des biens. Un vieux praticien français, Masuer avait émis le même avis. Il ne s'agit pas, disait le légiste gantois, en matière de testaments, de simples formes extrinsèques, comme dans les actes ordinaires qui constatent un fait juridique : les formes dans lesquelles l'acte de dernière volonté doit être reçu constituent l'essence de cet acte, elles se confondent avec la volonté, et cette volonté a pour objet et pour effet de transférer la propriété des biens légués. Or la translation de la propriété dépend du statut réel; donc les formes aussi deviennent réelles, quand elles sont de la substance de l'acte qui transfère la propriété (1). Cette opinion est remarquable. Bourgoingne ne prononce pas le mot d'acte solen-

(1) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, VI.

nel, ni de formes instrumentaires, mais la distinction se trouve au fond de sa doctrine. Elle resta isolée, cependant un de nos bons jurisconsultes, Rodenburgh, estimait les raisons de Bourgoingne décisives; il y eut là-dessus un débat entre lui et un autre jurisconsulte belge, Sande; je dois la laisser de côté, pour ne pas embarrasser une difficulté de notre droit moderne, par une controverse du droit ancien (1). Les vrais principes, disait Rodenburgh, demandent que, dans un acte translatif de propriété, on observe les formes qui constituent la substance de cet acte, et ces formes sont, dans la doctrine des statuts, celles qui sont prescrites par la loi du lieu où la chose est située.

Pourquoi Rodenburgh, après avoir soutenu que l'opinion de Bourgoingne était fondée sur les vrais principes, se prononça-t-il pour l'application de la règle traditionnelle *Locus regit actum?* Il rejette les raisons de droit que Sande avait fait valoir en faveur de la tradition; s'il l'accepte, pour mieux dire, s'il s'y soumet, c'est uniquement par des raisons de convenances, c'est-à-dire que l'opinion de la réalité du statut des formes donnait lieu à des inconvénients tels, qu'elle devenait en quelque sorte impraticable. Vinnius a très bien exposé les conséquences absurdes qui découlaient de la réalité du statut des formes (2). Le testateur a des biens situés dans des coutumes diverses: dans quelles formes testera-t-il? Il devrait faire autant de testaments qu'il a de biens situés dans des coutumes différentes; c'est entourer de mille difficultés un acte que le législateur doit, au contraire, favoriser, puisque c'est l'exercice d'un droit, et une consolation pour les mourants. Est-ce qu'un testateur peut connaître des formes qui varient d'une coutume à l'autre? Et quand il teste au moment où la mort va le surprendre, a-t-il le loisir de s'enquérir des formes que prescrivent les coutumes, et de faire une demi-douzaine de testaments, alors qu'il a souvent de la peine à en faire un seul? Et s'il se

(1) Voyez, sur cette controverse, Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 422 et suiv.
(2) Vinnius, *Institut.*, lib. II, tit. X, § XIV, n° 5.

trouve dans l'urgente nécessité de ne faire qu'un seul acte de dernière volonté, comment s'y prendra-t-il pour observer dans un seul et même acte des solennités différentes et contraires? En définitive, les mourants seraient dans l'impossibilité de tester. Ces inconvénients, disons mieux, les conséquences absurdes qui résultaient de la réalité du statut des formes, engagèrent Rodenburgh à se ranger à l'opinion générale, en se contentant des formes usitées dans le lieu où le testament est reçu : le bien général, dit-il, doit l'emporter sur les raisons de droit. Après tout, les principes sont faits pour l'utilité des hommes, les hommes ne sont pas faits pour les principes.

403. Boullenois, après avoir rapporté cette controverse, ajoute qu'il n'adopte pas la loi du lieu où se fait le testament par une simple considération de convenance et de bien public, mais par une raison de principe, qui résulte de la foi que l'on doit à un acte attesté par les formalités légales du lieu où il est passé. Le testament, dit-il, est un acte contenant la dernière volonté de l'homme. Cette volonté doit être certaine, c'est-à-dire qu'il doit être certain, par un acte en bonne forme, que la personne a voulu telle chose : car, il n'est ici question simplement que des *formalités attestatoires*. Or qui peut attester la vérité d'un acte, si ce n'est la loi du lieu où il a été passé, et sous l'autorité de laquelle il a été fait (1)?

C'est la théorie des formalités instrumentaires, pour lesquelles on suit la loi du lieu où l'acte est dressé. Boullenois a raison de dire que cette règle est fondée non seulement sur l'utilité, qu'elle est aussi fondée en raison. J'ai dit la même chose dans ces Etudes (2). Mais là n'est pas la difficulté; il y a une autre question qui domine celle des formes : n'y a-t-il pas des actes dans lesquels la forme est de l'essence du fait juridique? Tel est le testament dans la doctrine de tous les auteurs modernes. Naît alors la question de savoir quelle est la loi qui détermine la solennité? Est-ce celle du lieu où l'écrit est dressé? Non, car

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 427-429.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, n° 236.

cette loi a uniquement pour objet d'attester le fait d'une déclaration de volonté, comme le dit Boullenois, tandis que la loi qui consacre la solennité du testament peut ne pas se contenter de toute déclaration de volonté : telle est la loi française qui n'admet point une déclaration verbale, fût-elle entourée de certaines formes, comme dans le testament nuncupatif : sans écrit reçu dans les formes légales, pas de testament. Est-ce la loi du lieu où le testament se fait qui décidera quelle est la solennité qui constitue l'essence du testament? Non, car il s'agit d'assurer, non l'expression de la volonté, mais la volonté même; la loi qui régit la personne peut seule savoir quelle est la solennité dont l'observation garantit le testateur contre les obsessions, les suggestions, les captations. Faut-il exiger l'authenticité? ou peut-on se contenter d'un acte sous seing privé, et sous quelles conditions? La décision de ces questions dépend de l'état intellectuel, moral, politique du pays auquel le testateur appartient et non de l'état du pays où par hasard il teste. C'est donc la loi nationale, ou, comme on disait dans l'ancien droit, la loi du domicile, qui doit décider si le testament est un acte solennel, et quelle est la solennité la plus propre à atteindre le but que le législateur a en vue. Cela n'exclut pas le statut local, comme je l'ai dit (n° 401). Si le statut national décide que le testament doit être authentique, le testament sera valable s'il a été reçu dans les formes locales établies pour l'authenticité; ces formes varient d'un pays à un autre; il est donc impossible d'exiger que la même forme soit suivie partout; mais la loi nationale peut exiger que le testament soit partout reçu dans la forme authentique.

406. Bouhier énonce une opinion qui se rapproche de celle que je viens de proposer. Il part du principe que la faculté de tester est un *privilége* particulier qui a été accordé aux hommes par le *droit civil*, et qui a été plus ou moins étendu ou restreint suivant les différentes mœurs des nations. Cela est vrai surtout, dit-il, du testament olographe, qui permet aux hommes de disposer de leurs biens par un simple acte écrit et signé de leur main. C'est

donc un droit inhérent à leur personne et qui, par conséquent, doit se régler suivant la loi de leur domicile. D'après cette règle, il faudrait dire, comme faisaient les anciens docteurs, que chacun doit faire son testament suivant la loi de sa patrie, quoiqu'il se trouve dans un pays étranger. Si le contraire a prévalu, ajoute Bouhier. c'est que l'on a trouvé de grands inconvénients à obliger les testateurs d'observer des formalités qui pourraient être inconnues aux officiers qui reçoivent leurs dispositions. Ainsi l'utilité publique l'a remporté sur la règle (1).

Le principe qui sert de point de départ à la doctrine de Bouhier est aujourd'hui abandonné. On ne considère plus le droit de tester comme un droit civil, mais comme un droit naturel, en vertu duquel il est permis à l'homme de disposer de ses biens par acte de dernière volonté, de même qu'il en peut disposer par acte entre-vifs. Et si le testament dépend de la libre volonté du testateur, ne faut-il pas dire que l'expression de sa volonté est aussi un acte personnel, en ce sens que c'est à la loi personnelle ou nationale de déterminer les formes dans lesquelles la volonté doit être exprimée? On aboutit ainsi à la même conséquence que Bouhier. Mais n'est-ce pas pousser le principe trop loin que de soutenir que le testateur doit suivre la forme du statut personnel, partout où il teste? Bouhier avoue que dans la pratique on s'est arrêté devant l'impossibilité de remplir les formes du statut personnel en pays étranger. C'est plus qu'impossibilité, la règle est trop absolue; il faut distinguer le principe de la solennité et les formes qui la constituent. Bouhier a raison de dire que c'est à la loi nationale d'établir la règle de la solennité, et que cette règle doit être observée partout; si le législateur veut que le testament soit authentique, le testateur devra tester partout dans cette forme; mais il ne doit pas partout suivre les formes que sa loi nationale a prescrites pour l'authenticité : ceci dépend des lois locales; et il est satisfait au principe, si le testament est dressé

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n[os] 23-25 (t. I[er], p. 768).

dans les formes qui, suivant ces lois locales, impriment l'authenticité à l'acte. On revient ainsi à la distinction que j'ai proposée dans ces Etudes, entre les actes solennels et les actes non solennels. Je dirai plus loin que Bouhier applique cette distinction au testament olographe, tel qu'il était admis par la coutume de Bourgogne; mais il n'en fait pas un principe, et par suite il aboutit à une doctrine assez incohérente.

§ III. — *Le code civil. Le testament authentique.*

407. Le code Napoléon porte, article 969, qu'un testament pourra être olographe, ou par acte public ou dans la forme mystique. Pour l'application du statut de la solennité, il faut distinguer ces trois espèces de testaments.

Aux termes de l'article 971, « le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins ». Viennent ensuite les formalités qui doivent être observées pour la validité du testament authentique. Je laisse là ces détails, pour m'en tenir au principe. Il s'agit de savoir s'il faut appliquer au testament public ce que j'ai dit des actes solennels en général, notamment des hypothèques et de la donation (n°s 401 et 402). La négative est certaine; les actes solennels sont, en principe, des actes authentiques, et ne sont valables, et, dans mon opinion, ils n'ont d'existence légale que s'ils sont revêtus des formes de l'authenticité. Il n'en est pas de même des testaments : il y a trois formes de tester, également solennelles, mais deux de ces formes sont des écrits sous seing privé, le testament olographe et le testament mystique. On ne peut donc pas dire du testament authentique ce que j'ai dit de la donation, que ce testament doit être reçu à l'étranger, dans les formes authentiques, pour qu'il puisse valoir en France; car le testateur français peut aussi disposer, à l'étranger, dans la forme olographe ou dans la forme mystique. La difficulté, pour les testaments, change donc de caractère. Il faut voir d'abord ce qu'il y a d'essentiel dans les trois testaments que le code admet,

puis examiner dans quelles formes les testaments doivent être dressés à l'étranger pour valoir en France, ou en France pour valoir à l'étranger.

Il y a une solennité commune aux trois testaments, c'est qu'ils doivent être dressés par écrit; donc tout testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit, sinon il est plus que nul, il est inexistant. Car l'écrit n'est pas seulement exigé pour la preuve, comme on le disait dans l'ancien droit, il est de l'essence des dispositions testamentaires : pas d'écrit, pas de testament.

Par application de ce principe, il a été jugé que l'on ne peut prouver une disposition de dernière volonté par témoins, alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit (1). On donne comme raison que les articles 1341 et 1347 ne sont applicables qu'aux contrats. La raison est mauvaise; s'il ne s'agissait que d'une question de preuve, les articles 1341 et 1347 devraient être appliqués; mais il s'agit d'une condition de solennité requise pour l'existence du testament. Déjà, dans l'ancien droit, Pothier remarquait que la preuve testimoniale des dispositions testamentaires était rejetée par l'ordonnance de 1731, quelque modique que fût la somme dont le défunt aurait disposé : sans écrit, il n'y a pas de testament.

408. Vient ensuite la question : dans quelles formes l'écrit doit être rédigé. Cela n'est pas sans difficulté en ce qui concerne le testament authentique. Il s'agit de savoir si la définition que le code civil donne de l'acte authentique est de la substance de l'authenticité. Aux termes de l'article 1317, l'acte authentique est celui qui a été reçu par *officiers publics*, ayant le *droit d'instrumenter* dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les *solennités requises*. D'après cette disposition, il n'y a d'acte authentique que lorsqu'il intervient un officier public ayant mission de donner l'authenticité aux actes que les parties veulent ou doivent faire dans la forme authentique. C'est la définition de l'acte notarié. En droit français, il est certain que les notaires seuls ont le droit

(1) Liége, 15 juin 1861 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 31).

d'imprimer l'authenticité aux actes qu'ils ont qualité de recevoir : tel est le testament par acte public. En faut-il induire que cette forme de l'authenticité est de l'essence des actes authentiques reçus à l'étranger? Il est certain que l'article 1317 n'entend pas décider une question de droit civil international. Il faut donc remonter aux principes que je viens d'établir sur la solennité. Le testateur veut disposer à l'étranger par acte authentique, l'article 999 lui en donne le droit; quelles formes devra-t-il suivre? Les formes locales; ici on applique l'adage *Locus regit actum;* l'article 999 est conçu en ce sens: « avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé. » Parmi ces formes faut-il compter l'intervention d'un officier public? L'article 999 n'en parle pas et ne devait pas en parler; c'est un point à régler par la loi étrangère; le législateur français ne peut pas avoir la prétention de déterminer les conditions qui seront nécessaires pour qu'en pays étranger un acte soit authentique; c'est précisément parce que les conditions de l'authenticité varient d'un pays à l'autre que toutes les nations ont admis la règle qui s'en rapporte aux coutumes et aux lois du lieu où l'acte est passé.

C'est aussi en ce sens que s'exprime la loi hypothécaire belge. L'hypothèque d'un bien situé en Belgique peut être consentie en pays étranger; mais elle doit l'être dans la forme authentique, puisque l'hypothèque est un acte solennel. Pour constater que l'acte est authentique, la loi belge veut qu'il soit revêtu du visa du président du tribunal de la situation des biens. Le président, dit l'article 77, « est chargé de vérifier si les actes réunissent toutes les *conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus* ». La loi ne dit pas quelles sont ces conditions; elle n'entend donc pas que l'on applique l'article 1317 du code Napoléon. Cela serait absurde, puisque la règle *Locus regit actum*, que la loi belge applique, dit le contraire; comme les formes, y compris l'intervention d'un officier public, varient d'un pays à l'autre, il fallait s'en rapporter, quant aux conditions de l'authenticité, à la loi du lieu où l'acte est reçu.

C'est ce que dit l'adage, et c'est ce que dit la loi belge, et le bon sens aussi le dit. C'est une raison d'utilité, pour mieux dire de nécessité, qui a fait adopter dans tous les pays l'adage *Locus regit actum*. Les formes variant d'un pays à l'autre, il est impossible d'exiger, pour qu'un acte soit authentique, qu'il soit reçu par un officier public, puisqu'il se peut qu'il n'y ait pas d'officiers publics ayant mission de donner l'authenticité aux actes; de sorte que, si l'on appliquait l'article 1317 aux actes reçus à l'étranger, les Français pourraient se trouver dans l'impossibilité de faire un testament par acte public, alors qu'ils voudraient et devraient tester en pays étranger. Cela est absurde; le but de l'adage qui est une règle de droit civil international universellement admise, est précisément de faciliter la rédaction des actes, partout où les parties ont intérêt à les faire.

A l'appui de ces principes, je citerai la jurisprudence que j'ai rapportée ailleurs, concernant la célébration du mariage des Français en pays étranger. Le mariage, d'après le code Napoléon, est un acte authentique; il est célébré par un officier public dans les formes prescrites par la loi (art. 75): c'est l'application de l'article 1317. Comment le mariage contracté par des Français en pays étranger sera-t-il célébré? L'article 170 répond qu'il sera valable s'il a été célébré *dans les formes usitées dans le pays*. Or, il y a des pays, tels que les Etats-Unis, où les mariages se font par le seul consentement des parties, sans intervention d'un officier public et sans forme aucune. Les mariages ainsi contractés par des Français n'en sont pas moins valables. Je renvoie à ce que j'ai dit ici même dans mon Etude sur le mariage. Le principe est donc que tout acte, même le plus solennel de tous, le mariage, est valable, quant à la forme, quand il est fait conformément aux lois du pays où il est reçu. C'est aussi en ce sens qu'il faut interpréter l'article 999 : « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte authentique, avec les *formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.* » La rédaction de l'article 999 est identique à celle de l'article 170, et l'es-

prit de la loi est le même : permettre aux Français de contracter et de disposer en pays étranger dans les formes locales, sans être assujettis à observer leur loi nationale, en ce qui concerne l'intervention d'un officier public.

409. Tel est le principe. La jurisprudence l'a appliqué dans diverses hypothèses. En Angleterre, les testaments se font sans intervention d'un officier public. Le testament est rédigé par un tiers ; le testateur déclare sa volonté en présence de quatre témoins, puis l'acte est signé et scellé par le testateur et les témoins ; le testament ainsi fait est réputé authentique. Dans une espèce jugée par la cour de cassation de France, le premier juge avait déclaré le testament nul, par la raison qu'un acte n'est authentique que lorsqu'il est reçu par un officier public ; sur l'appel, la décision fut infirmée, et la cour de cassation maintint l'arrêt, en prononçant le rejet du pourvoi. La chambre civile se fonde sur le texte de l'article 999, qui renvoie expressément aux lois étrangères. Elle cite encore l'article 994 qui prévoit le cas où un testament est fait dans le cours d'un voyage maritime, alors que le navire a abordé en terre étrangère : la loi dit que, dans ce cas, le testament sera valable, s'il a été dressé suivant les *formes usitées dans le pays où l'acte a été fait.* La formule est toujours la même, c'est la loi locale qui détermine les formes requises pour qu'un acte soit authentique ; il n'est pas de rigueur qu'un officier public y intervienne. Je viens de dire (n° 408) que la loi hypothécaire belge est conçue dans le même sens. L'esprit du code civil et de toutes les lois concernant les formes ne laisse aucun doute. Le législateur entend faciliter aux Français le moyen de tester en pays étranger ; dès lors, il devait s'en rapporter à la loi étrangère. Exiger l'intervention d'un officier public, comme le fait le code Napoléon, ce serait mettre les Français dans l'impossibilité de faire en Angleterre un testament solennel, et même de faire aucun testament, s'il leur est impossible de tester dans la forme olographe (1).

410. De même un testament fait à la Louisiane a été

(1) Rejet de la chambre civile, 6 février 1843 (Sirey, 1843, 1, 209).

validé, quoique fait sans intervention d'un officier public. Il y avait, dans l'espèce, une difficulté particulière. La loi locale admet trois espèces de testaments : le testament olographe, le testament mystique et le testament nuncupatif. Ce dernier peut être reçu de deux manières : d'abord en présence d'un notaire et de trois témoins, c'est le testament par acte public du code Napoléon : puis par acte sous seing privé de la main, soit du testateur, soit d'une personne étrangère, en présence de cinq témoins; dans ce dernier cas, le testament doit, au décès du testateur, être remis et prouvé de nouveau par l'affirmation verbale de trois au moins des témoins qui ont assisté à sa confection, et il ne devient exécutoire qu'après que le juge a reconnu la sincérité de l'acte : c'est le testament anglais (n° 409). L'une et l'autre de ces formes sont réputées authentiques. Ce point me paraît décisif. Tout ce que l'article 999 exige pour la validité du testament reçu en pays étranger, c'est qu'il soit dressé avec les formes usitées dans le lieu où l'acte est passé. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de Paris, le testament avait été fait dans la forme anglaise, forme authentique ; dès lors on était dans les termes de l'article 999, partant le testament était valable. On objectait que le code de la Louisiane permettait aux Français de tester dans la forme française, devant un notaire et des témoins, et l'on ajoutait que cette disposition avait été insérée dans le code pour que les habitants de la Louisiane, d'origine française, eussent la facilité de faire un testament conforme à leur ancienne loi nationale. L'objection n'était pas sérieuse ; une facilité offerte aux Français par la loi locale n'est pas une obligation qu'elle leur impose ; d'ailleurs, ce n'est pas la loi de la Louisiane qui, dans l'espèce, décide si le testament est valable, c'est le code français, et il est satisfait aux prescriptions de l'article 999 dès que le testament est fait dans une forme authentique autorisée par la loi locale. On objectait encore que le code américain qualifiait le testament fait dans la forme anglaise de nuncupatif, sous signatures privées, ce qui semble exclure le caractère authentique de l'acte. La réponse se trouve dans le code

même; car il appelle aussi nuncupatif le testament reçu par un notaire en présence de trois témoins; l'expression est mauvaise, parce qu'elle rappelle le testament purement verbal du droit romain; mais le texte ne laisse aucun doute sur l'authenticité du testament. La cour de cassation dit très bien que la présence de cinq témoins à la dictée de l'acte, la reconnaissance qu'ils en font sous la foi du serment, enfin l'intervention du juge chargé de recevoir la preuve, constituent un ensemble de formalités qui suffisent pour donner au testament l'authenticité exigée par l'article 999 du code civil. Il faut ajouter que le code de la Louisiane met sur la même ligne le testament fait devant cinq témoins, et le testament fait devant un notaire et trois témoins; or, ce dernier testament est certainement authentique, donc le premier l'est aussi (1).

411. Le testament purement verbal peut-il être considéré comme un testament authentique? Non, certes, puisque le code Napoléon exige un écrit pour qu'il y ait une disposition de dernière volonté; l'écrit est donc de la substance du testament: sans écrit, il n'y a point d'acte de dernière volonté (n° 407). Le contraire a cependant été jugé par la cour de cassation de France, dans deux espèces (2). D'après les lois de la Hongrie, le testament peut être reçu par le juge de la noblesse et un assesseur juré. Cela suffit, dit-on, pour que l'acte soit authentique, puisqu'un officier public intervient: qu'importe que ce soit un juge ou un notaire? Sans doute si le juge dresse acte des déclarations du testateur : mais si le juge remplace seulement les témoins devant lesquels se fait le testament verbal, le testament n'en sera pas moins purement oral; on ne peut pas dire, dans ce cas, qu'il y ait un *acte de dernière volonté*, car la loi française exige, comme condition de l'existence d'un testament, la rédaction d'un écrit, soit sous seing privé, soit authentique. Ici intervient le principe de solennité; le testament est un acte solennel,

(1) Rejet, 8 juillet 1854 (Sirey, 1864, 1, 417). Voyez la note de l'arrêtiste et les autorités qu'il cite.
(2) J'ai eu tort, dans mes *Principes de droit civil*, d'accepter cette jurisprudence (t. XIII, p. 160, n° 152).

en ce sens que la solennité est de l'essence du testament; et cette solennité consiste dans un écrit. L'article 893 le dit implicitement pour les testaments reçus en France, et l'article 999 le dit en termes formels pour les testaments faits en pays étranger: il faut ou un *acte sous signature privée*, ou un *acte authentique*, sinon il n'y a pas de testament, dans le système de la législation française. Le testament verbal n'est pas un testament. Qu'importe que le testateur déclare sa volonté devant un officier public? Celui-ci ne fait pas office de fonctionnaire, il fait office de témoin, il remplace les sept témoins du testament nuncupatif; or les témoins ne constituent pas un *acte*; cela me paraît décisif (1).

Il y a une objection qui, au premier abord, paraît péremptoire. Je viens de rappeler (n° 408) la jurisprudence française concernant les mariages célébrés aux Etats-Unis, sans intervention d'un officier public, et sans un acte quelconque. La cour de cassation et la doctrine se sont prononcées pour la validité de ces mariages, bien qu'en droit français l'union doive être prononcée par l'officier de l'état civil lequel en dresse acte signé par lui, les comparants et les témoins. J'ai répondu d'avance à l'objection. La célébration du mariage n'est pas un *acte*, un *écrit*, c'est un *contrat*, dans lequel un officier public doit intervenir d'après le code Napoléon, quand le mariage est contracté en France; quant à l'acte dressé par l'officier public, il ne sert que de *preuve*; il n'est pas requis pour la validité ni pour l'existence du mariage. Tandis que l'*acte* est de l'essence du testament; c'est en cela que consiste la solennité des dispositions testamentaires. Or, cette solennité doit être observée à l'étranger; le texte de l'article 999 le dit, puisqu'il exige un *acte*, soit authentique, soit sous seing privé. La comparaison de l'article 999 avec l'article 170 établit une différence radicale entre le mariage *contracté* à l'étranger, et le testament fait en pays étranger. L'article 170 ne parle pas d'un *acte*, qui devrait être dressé dans le lieu où les époux se marient;

(1) Rejet, 30 novembre 1831 (Sirey, 1832, 1, 52) et la note.

il exige seulement que le mariage ait été *célébré* dans les *formes* usitées dans le pays, et c'est naturellement la loi locale qui décide quelles sont ces formes. Voici l'analogie entre les deux dispositions et la différence qui les sépare. Le mariage célébré à l'étranger est valable s'il a été contracté conformément aux lois du pays; de même le testament dressé à l'étranger est valable si les formes usitées dans le pays pour l'authenticité ont été observées : voilà l'analogie. Voici la différence : la validité ou l'existence du mariage n'est pas subordonnée à la rédaction d'un acte qui constate le contrat; tandis que, sans acte, il n'y a point de testament.

412. Voici la seconde espèce, dans laquelle la cour de cassation s'est prononcée pour la validité d'un testament oral. Un israélite français teste à Jérusalem, d'après les formes reconnues par la loi orale des Juifs, devant deux témoins qui recueillent sa volonté par écrit, et présentent l'acte devant la chambre de justice du tribunal rabbinique, lequel déclare le testament authentique. En supposant que telles soient les formes usitées à Jérusalem, il faut décider, comme l'a fait la cour de cassation, que le testament est valable. Ce n'est pas un testament verbal fait devant témoins; ceux-ci dressent acte des déclarations du testateur, il y a donc un écrit; cet écrit n'est pas un testament olographe, car ce n'est pas le testateur qui l'écrit. D'autre part, les témoins, dans l'espèce, ne se bornent pas à déposer de ce qu'ils ont entendu, ce qui serait un testament verbal, ils dressent acte des déclarations faites devant eux; voilà une forme analogue à celle du testament français par acte public; les témoins remplacent les notaires qui, n'existent pas en Turquie. L'intervention de la chambre de justice achève de donner un caractère authentique au testament. La différence est grande entre ce testament et celui qui a fait l'objet du premier arrêt de la cour de cassation; il y a un écrit et des solennités, tandis que, d'après la loi de Hongrie (n° 411), il n'y a qu'une déclaration verbale. Le testament de l'israélite français répond aux exigences de l'article 999 ; tandis que le testament fait en Hongrie

n'est pas un testament, en vertu de ce même article, puisqu'il n'y a point d'acte.

La vraie difficulté qui se présentait devant la cour de cassation, dans l'affaire du testament de Jérusalem, était de savoir quelles formes la loi orale des Juifs prescrit pour la validité des testaments. L'article 999 suppose qu'il existe une *coutume* ou une *loi locale* qui détermine les formes du testament, et tel est aussi le fondement de l'adage *Locus regit actum;* par *locus* on entend la *loi* du *lieu* où l'acte est dressé. Y a-t-il pour les Juifs de Jérusalem une loi *locale?* La loi orale des Juifs n'existe plus en France ni en Belgique; un juif étranger ne pourrait donc pas tester chez nous d'après la loi orale des israélites. Mais la Turquie laisse aux populations non musulmanes le droit de se régir d'après leur droit national; la loi orale est donc la loi des Juifs dans l'empire turc; c'est une loi personnelle tout ensemble et territoriale, loi personnelle pour la race juive, et territoriale parce qu'elle régit les Juifs dans tout l'empire turc.

Reste à savoir ce que dit cette loi orale sur la forme des testaments. Sur ce point, la cour de cassation s'est trouvée dans un grand embarras. L'arrêt attaqué portait que le « testament reçu par deux rabbins, comme témoins, est valable, parce que tout porte à croire qu'il a été fait dans les formes suivies à Jérusalem par les Israélites ». Le motif est étrange: il faut une loi ou une coutume; et la cour ne cite ni coutume ni loi; elle se contente de la probabilité qu'un usage existe. Après une laborieuse enquête, le rapporteur conclut que le testament était conforme à la loi orale, et la cour de cassation a jugé en ce sens, en invoquant la loi orale des Israélites que personne ne connaît, paraît-il (1).

413. Le testament mystique est-il un testament authentique? On le considère généralement comme tel, en ce qui concerne la force probante. Dans cette opinion, il n'est pas douteux que les Français puissent tester en pays étranger, dans la forme mystique, telle qu'elle est

(1) Rejet, 19 août 1858 (Sirey, 1859, 1, 396).

réglée par la loi locale : on se trouve dans les termes de l'article 999. A mon avis, l'assimilation que l'on fait entre le testament mystique et le testament par acte public n'est pas exacte. Il est vrai qu'un notaire y intervient, mais c'est seulement pour dresser un acte de suscription ; quant au testament, l'intervention du notaire n'en change pas le caractère; il reste ce qu'il est de sa nature, un acte sous seing privé. De là la question de savoir si le Français peut, en pays étranger, tester dans la forme mystique. Il y a un doute, c'est la rédaction de l'article 999, qui a donné lieu à tant de difficultés. Le code admet trois testaments, qu'il met sur la même ligne, quant au droit des Français de tester en France. Mais lorsqu'il est question des Français qui veulent tester en pays étranger, le code ne mentionne que le testament olographe et le testament par acte authentique; il ne parle pas du testament mystique. Quelle est la raison de ce silence? L'article 999 a-t-il voulu comprendre le testament mystique dans les termes: « par acte authentique? » ou a-t-il entendu exclure le testament mystique, de sorte qu'il ne serait pas permis aux Français de disposer dans cette forme en pays étranger? Il y a encore une dernière supposition, qui est la moins probable, c'est l'oubli: on ne conçoit guère que, mentionnant les deux formes du testament, le législateur ait oublié la troisième dont il s'est occupé si longuement. Il me paraît également impossible d'admettre que les auteurs du code aient défendu aux Français de disposer en pays étranger dans la forme mystique. D'abord le texte ne le dit point: il n'est pas conçu en termes restrictifs, la loi ne dit pas que les Français ne pourront tester à l'étranger que dans la forme olographe ou authentique; elle dit qu'ils pourront tester dans l'une ou l'autre de ces formes, ce qui est tout différent. Il n'y avait d'ailleurs aucun motif de déroger au statut des formes. La règle *Locus regit actum* est générale, elle s'applique à toute espèce d'actes, sous seing privé et authentiques; la forme est toujours légale, voilà tout ce que l'article 999 dit, il n'y met qu'une restriction qui résulte de l'essence même du testament, c'est qu'il faut un écrit, sous seing privé ou authen-

tique; or, dans le testament mystique, il y a deux écrits, le testament et l'acte de suscription, il est donc tout ensemble sous signature privée et authentique; si chacune de ces formes isolées est admise, pourquoi la loi rejetterait-elle la forme mystique qui les comprend toutes les deux? Il suffit que la loi locale consacre le testament mystique, pour que les Français puissent tester à l'étranger en cette forme; l'article 999 n'a pas restreint l'adage, dans mon opinion, on ne peut pas même dire qu'il y ait dérogé : il maintient le droit commun, ce qui est décisif.

La jurisprudence s'est prononcée pour la validité du testament mystique reçu à l'étranger, par la raison que ce testament est authentique, et qu'il rentre, par conséquent, dans les termes de l'article 999 (1). Cette raison est mauvaise, et elle est compromettante. La question de savoir si le testament mystique est authentique est douteuse; on ne peut donc pas se prévaloir de l'authenticité, pour interpréter l'article 999. Et si l'on décide que l'article 999 est applicable au testament mystique parce que ce testament est authentique, on pourrait aussi en induire, dans l'opinion contraire, que l'article 999 n'est pas applicable, par la raison que le testament mystique n'est pas authentique. Mieux vaut s'en tenir à l'adage *Locus regit actum* que toutes les nations admettent, alors qu'il n'y a aucun motif d'y faire exception, en ce qui concerne le testament mystique (2).

414. Le code ne parle pas des testaments que l'étranger ferait en France. Dans le silence de la loi, il faut dire que l'étranger reste sous l'empire du droit commun. Mais quel est ce droit commun? Il faut voir d'abord si, d'après la loi nationale de l'étranger, le testament est un acte solennel. Dans ce cas, on applique le principe que j'ai établi en commençant cette Etude sur le statut des formes (n° 393). L'étranger sera tenu d'observer la forme que sa loi personnelle considère comme substantielle: est-ce l'authenticité, il ne pourra faire en France qu'un testament

(1) Rejet, 28 février 1854 (Sirey, 1854, 1, 544).
(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 161, n° 153.

par acte public, dans les formes prescrites par le code civil. Si la loi nationale se contente d'un écrit, mais aussi s'il l'exige, comme le fait la loi française, l'étranger ne pourra pas faire de testament verbal en France, cela va sans dire, puisque la loi locale n'admet pas cette forme de tester; il ne le pourra pas même dans les pays où le testament oral serait usité. En un mot, quand le testament est un acte solennel, d'après la loi de l'étranger qui veut tester hors de sa patrie, la forme essentielle de la solennité devra être observée pour que le testament ait effet quant aux biens situés dans sa patrie et, par conséquent, ailleurs; car un testament qui n'aurait aucune existence en vertu de la loi du testateur serait partout considéré comme inexistant. Quant aux formes de l'acte, l'étranger devra suivre celles qui sont usitées dans les pays où il teste : on appliquera donc par analogie au testament de l'étranger ce que j'ai dit du testament fait par le Français en pays étranger. L'étranger pourra-t-il tester en France dans la forme olographe? Il y a quelque difficulté sur ce point. Je vais examiner la question, en traitant du testament olographe (1).

§ IV. — *Le testament olographe.*

N° 1. LE TESTAMENT DU FRANÇAIS EN PAYS ÉTRANGER.

415. L'article 999 porte : « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970. » Quel est le sens de cette disposition? La question est controversée, et il y avait déjà dans l'ancien droit une controverse sur le point de savoir si la faculté de tester dans la forme olographe dépend du statut personnel, ou s'il faut appliquer la loi du lieu où le testament est dressé. Il me semble que la question est mal posée. On doit appliquer au testament olographe, ce que j'ai dit du testament en général. D'après le droit

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 166, n° 160.

français le testament est un acte solennel, en ce sens qu'il doit être fait par écrit; l'écrit est de la substance des dispositions testamentaires; mais le code civil n'exige pas un écrit authentique, il admet deux testaments sous signature privée, le testament olographe et le testament mystique. Le Français peut donc tester à l'étranger par un acte sous seing privé, soit dans la forme olographe, soit dans la forme mystique. Quelles formes devra-t-il observer? Les formes usitées dans le pays où il teste: c'est l'application du principe *Locus regit actum.*

L'article 999 déroge-t-il à ce principe et en quel sens? Il permet au Français de faire à l'étranger un testament olographe, dans les formes du code Napoléon. Aux termes de l'article 970, « le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme ». Quand le Français use de cette faculté, l'acte sera valable, s'il est dressé dans cette forme. La validité du testament sera régie, dans ce cas, non par la loi locale, mais par la loi nationale du testateur. Voilà, en apparence, une dérogation aux principes, tels que je viens de les rappeler. D'après ces principes, le Français peut, en pays étranger, tester en la forme olographe, mais en observant la loi locale; d'après l'article 999, il n'est pas tenu d'observer la loi locale, il peut tester d'après la loi française. Voilà la dérogation, elle est plus apparente que réelle. En effet, le testament olographe du code civil est indépendant du lieu où il est écrit; le testateur ne doit pas l'indiquer; peu importe où il écrit son testament, pourvu qu'il l'écrive en entier de sa main, qu'il le date et qu'il le signe, le testament sera valable; le lieu où il l'écrit ne peut donc avoir aucune influence sur la validité du testament olographe, dressé dans la forme française. Tel est le sens de l'article 999; il ne déroge pas à la règle *Locus regit actum,* par la raison que le testament olographe français n'est pas un testament local.

Faut-il aller plus loin et dire que si dans le lieu où le Français veut tester en la forme olographe, il y a d'autres formalités prescrites par la loi, le testateur ne pourra pas

tester dans ces formes locales? Ce serait une dérogation à l'adage traditionnel qui répute valable tout acte fait dans les formes locales. Mais le code Napoléon ne dit pas cela. La loi donne une faculté au testateur français, pour lui faciliter le moyen de tester, partout où il se trouve ; elle ne lui impose aucune obligation, elle ne dit pas que s'il veut tester sous signature privée, il *doit* le faire dans la forme française; elle dit qu'il *pourra* faire ses dispositions ainsi qu'il est prescrit par l'article 970, ce qui est tout différent : une faculté n'est pas une obligation. On peut objecter la suite de l'article 999, qui permet au Français de tester par acte authentique, en ajoutant : « avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé ». Il suit de là, dira-t-on, que le code civil distingue entre la forme olographe et la forme authentique; pour celle-ci il s'en rapporte à la loi locale, tandis que pour la première il prescrit les formes de la loi française. D'après cette interprétation, le Français ne pourrait tester en pays étranger que dans l'une de ces deux formes, la forme olographe française, ou la forme authentique étrangère; de sorte que la règle *Locus regit actum* ne serait applicable qu'au testament authentique, elle ne s'appliquerait pas au testament olographe. Je crois que c'est faire dire au législateur ce qu'il n'a pas entendu dire : la disposition de l'article 970 est facultative, et l'on ne peut pas transformer une faculté en obligation. Il n'y avait d'ailleurs aucun motif de déroger à une règle universellement admise. La loi veut donner au Français une facilité de plus pour faire ses dispositions en pays étranger; il n'a pas besoin de s'enquérir de la loi du pays où il teste; il peut suivre la loi qu'il connaît, et qui est d'une simplicité extrême; son testament sera valable s'il l'écrit en entier de sa main, s'il le date et s'il le signe. Mais il se peut que le Français ne connaisse pas sa loi nationale : combien y en a-t-il qui la connaissent? Il veut tester, et il préfère tester par acte sous signature privée, pour tenir ses dispositions secrètes; il consulte un praticien qui ne connaît que les formes locales; il écrit son testament dans ces formes. Dira-t-on que ce testament est nul? L'article 999

ne dit pas cela, et l'adage *Locus regit actum* dit le contraire.

L'article 999 déroge encore à l'adage traditionnel dans une autre hypothèse. Si la loi locale n'admet pas le testament olographe, le Français pourra-t-il néanmoins tester dans cette forme, en vertu de l'article 999, et en observant les solennités prescrites par l'article 970? L'affirmative est certaine, car le code civil ne distingue pas si la loi locale permet le testament olographe ou si elle le prohibe, il ne s'en occupe pas. La dérogation au statut des formes est encore, dans ce cas, plus apparente que réelle. En effet, le testament olographe français n'a rien de local; il ne peut donc pas dépendre de la loi locale. S'il ne porte pas la mention du lieu où il a été écrit, il est valable d'une manière absolue, d'après la loi française (1).

416. Maintenant il nous sera facile de répondre à la question de savoir si le statut des formes, en ce qui concerne le testament olographe, est personnel ou réel (2). Dans l'ancien droit, deux de nos meilleurs auteurs, Ricard et Bouhier enseignaient que le statut est personnel. Il faut les entendre. Le président du parlement de Bourgogne pose la question en ces termes : « Supposons un homme domicilié en un lieu où les testaments purs olographes sont autorisés, comme à Paris, par exemple (et aujourd'hui dans toute la France), et que cet homme se trouve par hasard dans un pays où ces sortes de testaments ne sont point en usage (3), soit dans un autre où ils ne sont reçus qu'avec de certaines formalités, comme en notre Bourgogne; pourra-t-il faire un testament pur olographe, ainsi qu'il l'aurait pu faire s'il était dans son domicile? Ricard ne fait aucune difficulté de soutenir l'affirmative. La raison qu'il en donne, c'est que le testateur est le seul ministre de ces sortes de testaments, et que le caractère qu'il a pour cet effet étant attaché et inhérent à

(1) En sens contraire, Brocher, *Droit international privé*, p. 374. Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, *Cours de code civil* d'après Zachariæ, t. VII, p. 89, et Demolombe, t. XXI, n° 475. Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire*, p. 112, n° 108.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIII, p. 166, n° 159.
(3) Je dirai plus loin que le code des Pays-Bas les défend.

sa personne, il l'emprunte seulement de la coutume qui a empire sur lui, qui est celle de son domicile. Et comme c'est une faculté personnelle qui ne peut se détacher de lui, il la porte en quelque endroit qu'il aille, et elle l'accompagne en quelque lieu qu'il se trouve. » Bouhier abonde dans cette idée : « Comme le testateur est le seul ministre de l'acte qui contient sa volonté, il suffit que la fonction de ce ministère soit remplie suivant le désir de la coutume qui lui en a donné le pouvoir. En quelque endroit qu'il s'en serve, il est réputé par *fiction* avoir testé dans son domicile, comme on suppose de la même manière que ses meubles, ses actions et ses autres droits personnels résident dans le même domicile (1). »

Merlin a critiqué cette doctrine; il est certain que si l'on prend au pied de la lettre ce que disent Ricard et Bouhier, leur opinion est inacceptable. Le statut personnel, d'après la tradition, est celui qui règle l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résultent. On peut bien dire que la loi personnelle détermine la capacité de tester; mais on ne conçoit pas que la faculté de tester dans telle ou telle forme soit une capacité personnelle dépendante de la loi du domicile et que l'on porte partout. Merlin dit que cela n'est pas sérieux; il cite les conclusions de l'avocat général, Gilbert de Voisins qui s'exprime dans le même sens, et cela n'est pas douteux. Mais je doute que Ricard et Bouhier, auxquels il faut encore joindre Boullenois, aient entendu assimiler le statut des formes du testament olographe au statut personnel de l'état des personnes. Si la personne domine dans le testament olographe, c'est en ce sens qu'il n'y a rien de local, de territorial dans cette forme de tester; le testateur peut donc partout disposer en la forme olographe, sans être lié par les lois locales. Le code Napoléon a consacré ce système, sans vouloir faire du statut des formes un statut personnel.

Dans mon opinion, la doctrine de Ricard et de Bouhier

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, nos 20, 21 et 24 (Œuvres, t. Ier, p. 767 et suiv.).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. IV, § IV, art. II (t. XXXIV, p. 110 et suiv. de l'édition de Bruxelles).

est encore vraie, en ce sens que la solennité de tout testament dépend de la loi personnelle du testateur, c'est-à-dire que cette loi détermine si le testament est un acte solennel, et quelle est la solennité qui constitue l'essence du testament. Nous verrons une conséquence de ce principe en traitant des testaments que les étrangers peuvent faire en France.

417. L'étranger peut-il tester en France dans la forme olographe? Il y a des distinctions à faire. Il faut voir d'abord si la loi nationale de l'étranger fait du testament un acte solennel en ce sens que l'authenticité est une solennité requise pour l'existence du testament, ou si elle se contente d'un écrit. Cette dernière hypothèse forme le droit commun. Telle est la loi anglaise; elle ne connaît pas notre testament olographe, mais elle ne le prohibe pas non plus, en exigeant l'authenticité comme condition d'existence du testament; le testament solennel qui y passe pour authentique ne répond pas même au testament par acte public du code Napoléon: je renvoie à ce qui a été dit ci-dessus (n° 409). On demande si un Anglais peut tester en France dans la forme olographe. La cour de Paris s'est prononcée pour la validité du testament (1). Je crois qu'elle a bien jugé. Dès que l'authenticité n'est pas une condition d'existence du testament, l'acte de dernière volonté reste sous l'empire du droit commun, et par conséquent le testateur peut tester d'après les formes usitées dans le pays où il fait ses dispositions, donc en France dans la forme olographe; c'est le cas d'appliquer la règle *Locus regit actum*, laquelle est admise par le droit des gens comme un principe universel.

418. Il y a des législations plus ou moins restrictives, en ce qui concerne le testament olographe. Bouhier en donne un exemple remarquable. La coutume de Bourgogne admettait l'usage des testaments olographes, mais elle exigeait une formalité spéciale, c'est que le testateur y fît mettre une suscription signée d'un notaire et de deux

(1) Paris, 7 juillet 1845, et Rejet, chambre civile, 25 août 1847 (Sirey, 1847, 1, 712).

témoins. Supposons, dit Bouhier, qu'un Bourguignon se trouve à Paris, et qu'il veuille faire un testament olographe. Il n'y a pas de doute qu'il le puisse, puisque son statut personnel, loin de le prohiber, l'autorise. Mais dans quelle forme le testament devra-t-il être rédigé? La coutume de Paris, de même que notre code civil, ne prescrivait d'autre forme que l'écriture du testament par le testateur, la date et la signature. Question de savoir si un testament ainsi fait serait valable en Bourgogne. On pourrait le croire en invoquant l'adage traditionnel *Locus regit actum* : le testament dressé selon les formes du lieu où il a été écrit ne doit-il pas valoir partout? Oui, mais avec une restriction, c'est que la loi personnelle du testateur n'exige point une condition de solennité pour la validité ou l'existence du testament. Or, telle était la suscription prescrite par la coutume de Bourgogne. Quel était le but de cette formalité? C'était de donner au testament olographe une date certaine; elle n'admettait donc pas le testament pur olographe de la coutume de Paris; le testament sous signature privée qu'elle permettait était un testament en partie olographe, en partie authentique; partant l'authenticité devenait une condition de solennité, sans laquelle le testament n'avait aucune valeur. C'est ce que Bouhier appelle une condition intrinsèque, pour indiquer que ce n'était pas une forme de droit commun exigée par la loi locale, et régie par la règle *Locus regit actum*. C'est comme si le législateur avait dit : « Je permets aux Bourguignons de tester sous forme olographe, mais je ne le permets que sous une condition, c'est que, pour éviter les contestations auxquelles donne lieu la date du testament sous seing privé, la date soit faite dans la forme authentique ». L'authenticité devient donc une solennité sans laquelle le testament n'existe point. Cela est décisif. Est-ce à dire que la suscription rédigée à Paris doit se faire par un notaire et deux témoins, comme le voulait la coutume de Bourgogne? Non, dit Bouhier; ici la loi du lieu reprend son empire. Tout ce que la coutume exigeait, c'est que la date fût authentique; le mode de la rendre authentique dépend de la loi locale : dans la Bourgogne

il faudra un notaire et deux témoins, puisque la loi locale prescrit cette forme : à Paris, deux notaires pourront recevoir l'acte de suscription sans témoins, parce que telle est la coutume locale, et dès que la date est authentique, le but du législateur sera atteint (1).

419. Que faut-il décider si la loi nationale du testateur défend le testament olographe? Tel est le code hollandais; je transcris les articles : « Un Néerlandais, en pays étranger, ne pourra faire son testament que par acte authentique, et en observant les formes usitées dans le pays où cet acte sera passé. Il pourra néanmoins disposer par acte sous signature privée, de la manière et dans les limites tracées par l'article 982. » Ce dernier article est ainsi conçu : « Par un simple acte écrit en entier, daté et signé seulement, on peut nommer des exécuteurs testamentaires, régler les frais et mode de sépulture, léguer des vêtements de parure et de toilette, des meubles meublants. » La disposition est singulière; mais ce n'est pas ici le lieu de critiquer la loi, elle pose comme règle que le testament olographe est prohibé, et elle l'admet par exception. Donc l'authenticité n'est plus une simple forme instrumentaire, c'est une condition, sans laquelle il n'y a point de testament. Un Néerlandais teste en France dans la forme olographe, je suppose qu'il ne se trouve pas dans l'exception; le testament sera-t-il valable? La cour d'Orléans a admis la validité; à mon avis, elle s'est trompée en appliquant la règle *Locus regit actum*; cet adage n'est applicable que dans les cas où la loi personnelle du testateur ne fait pas de l'authenticité une condition de l'existence du testament, de sorte que, sans authenticité, il n'y a pas de testament. Or, c'est bien là le sens du code des Pays-Bas. Cela me paraît décisif (2).

Bouhier s'est prononcé en ce sens (3). Dans les pays de droit écrit, le testament olographe n'était pas permis. Il

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 15-19 (Œuvres, t. Ier, p. 767.)

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 158; et mon *Droit civil international*, t. II, p. 451, n° 249.

(3) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 28 (Œuvres, t. Ier, p. 769).

en conclut qu'un habitant de ces pays ne pourrait pas tester d'après cette forme dans les pays de coutume. Il est certain qu'un testament olographe n'aurait aucune valeur dans un pays de droit écrit; or, il est de l'essence d'un acte de dernière volonté d'être valable partout; conçoit-on que la succession du défunt soit régie, ici par un testament qui exclut les héritiers légitimes, et là par une loi qui les admet à succéder? Il faut donc se décider pour la loi nationale, et employer la forme que celle-ci autorise. La forme locale est subordonnée à la solennité. Cela complique, il est vrai, la question de la validité du testament; mais pour la simplifier, en déclarant toujours applicable la règle *Locus regit actum*, il faudrait abolir le principe de la solennité des actes de dernière volonté, et il y a en faveur de ce principe des considérations si graves qu'il serait dangereux de l'abroger.

420. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. On demande si un étranger pourrait tester en France, d'après la forme de sa loi nationale, alors que cette forme ne répond à aucun des testaments admis par le code Napoléon, n'étant ni olographe, ni mystique, ni authentique? Un Anglais, par exemple, pourrait-il tester valablement en France, d'après la *common law*? La question est très controversée, et il y a doute. Il faut supposer d'abord, pour qu'elle puisse se présenter, qu'aucun officier public n'intervient dans le testament, car les officiers publics doivent instrumenter d'après la loi du pays où ils sont institués ; un notaire ne pourrait en France recevoir un acte dans les formes prescrites par une loi étrangère. Le testament anglais se fait sans l'intervention d'un officier public; ce sont les témoins qui y jouent le grand rôle, le testament est reçu avec certaines solennités qui lui donnent le caractère authentique. Dans ces conditions, je crois que le testament fait en France, d'après la loi anglaise, ne serait point valable. Le testament anglais est un acte solennel et authentique; il en résulte que la solennité consiste dans une forme qui lui imprime l'authenticité ; dès lors les Anglais ne peuvent en France tester authentiquement que dans la forme

du code français. C'est l'application de l'adage *Locus regit actum*. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les Anglais peuvent aussi tester en France dans la forme olographe admise par le code civil, toujours par application du statut traditionnel des formes; et si on l'admet, c'est que la loi anglaise n'a pas un principe arrêté en matière de formes; on n'y trouve pas la distinction de la solennité et des simples formes instrumentaires; il suit de là que toutes formes sont admises, pourvu qu'elles soient autorisées par la loi locale. Dans ce système, si système il y a, on doit s'en tenir à l'adage *Locus regit actum*; or, si cet adage valide les testaments reçus en France, quand ils sont faits dans les formes françaises, par contre il ne permet pas que l'on suive en France d'autres formes que celles que le code prescrit.

421. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, dans l'espèce d'un testament fait en France conformément à la loi anglaise; d'après le code civil, le testament était nul, car il n'était ni authentique, ni mystique, ni olographe. La cour dit qu'il est de principe de droit international que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et aux coutumes du pays où ils sont passés, et que ce principe s'applique aux testaments olographes, comme à tous autres actes publics ou privés. La cour en conclut que la *solennité* de l'acte et sa *forme extérieure* sont réglées par la loi du pays où le testateur dispose (1). Ce principe n'est-il pas trop absolu? La cour confond la *solennité* du *testament* et les *formes extérieures* des *actes* en général. Que les *actes*, qui ne servent que de *preuve*, soient régis par la loi locale, cela ne fait pas de doute: quelles que soient ces formes, l'acte est valable. Mais quand il s'agit d'un acte *solennel* tel que le testament, ne faut-il pas que la *solennité* avant tout soit observée? Je suppose qu'un Français teste oralement dans un pays où cette forme de disposer est admise: est-ce que ce testament vaudrait en France? Non certes; les tribunaux décideraient, sans doute aucun, qu'un testa-

(1) Rejet, 9 mars 1853 (Sirey, 1853, 1, 274).

ment verbal n'est pas un testament, d'après la loi française; donc il n'est pas exact de dire que la *solennité* du testament est réglée par la loi du lieu où le testateur dispose. La solennité domine les formes locales : si le testament doit être un acte écrit, soit sous signature privée, soit authentique, pour qu'il y ait un acte de dernière volonté, la loi locale qui admet un testament verbal ne peut pas être invoquée pour la validité du testament. Si néanmoins je me range à l'avis de la cour de cassation, quant à la validité d'un testament anglais fait en France, c'est que la *common law* n'établit pas la distinction entre la *solennité* et les *formes extérieures;* dès lors on reste sous l'empire de la règle traditionnelle invoquée par la cour.

Il se présente encore une autre difficulté dans la question que je discute. Le code Napoléon permet au Français de disposer dans la forme olographe en pays étranger, alors même que la loi du pays n'admettrait pas le testament olographe. Ainsi un Français peut faire un testament olographe en Angleterre. Cela prouve d'abord que le code civil ne consacre pas le principe absolu que la cour de cassation formule, à savoir que la solennité du testament est réglée par la loi du pays où le testateur dispose; car voilà un testament, qui n'est pas reçu d'après les formes usitées en Angleterre, et néanmoins il sera valable en France. On dira que l'article 999 consacre une exception à la règle; soit, il en résulte toujours que la règle n'est pas aussi absolue que la cour de cassation le dit. Puis, ne doit-on pas dire que si la loi française reconnaît la validité d'un testament olographe français fait en Angleterre, elle doit aussi reconnaître la validité d'un testament olographe anglais fait en France? Et je n'hésiterais pas à le décider ainsi si le testament de la *common law* était réellement un testament olographe. Mais ce testament, quoique fait sans intervention d'un officier public, est réputé authentique; or un testament ne peut pas être tout ensemble authentique et sous signature privée. Donc le testament anglais doit être assimilé au testament authentique du code civil: la conséquence en est qu'il ne peut pas être dressé en France d'après les

formes de la *common law*, car l'authenticité dépend essentiellement des formes locales ; si ces formes n'ont pas été observées, l'acte n'est pas authentique ; partant, il ne peut pas valoir comme testament anglais.

J'arrive à une conclusion contraire, en principe, à celle que la cour de cassation a admise. Il n'est pas exact que la *solennité* du testament soit réglée par la loi du lieu où l'acte est passé. La solennité dépend de la loi nationale du testateur ; si celle-ci exige l'authenticité, le testament doit être dressé dans la forme authentique, à l'étranger ; c'est le cas du code néerlandais. Si la loi nationale n'exige qu'un écrit, le testateur peut disposer en la forme olographe pure, même là où le testament olographe n'existe point : c'est le cas du code Napoléon. Si la loi nationale ne distingue pas entre la *solennité* et la *forme extérieure* des actes, le testateur peut suivre la loi du lieu où il teste, mais il ne peut pas suivre sa loi nationale, si celle-ci n'admet qu'une forme particulière qui imprime l'authenticité au testament : c'est le cas de la *common law* ; il pourra alors tester à l'étranger dans toutes les formes que la loi étrangère admet. S'il y avait une loi étrangère qui admît le testament olographe pur, mais avec des formes différentes de celles du code civil, le testateur pourrait, en France, tester dans sa forme nationale ; car le testament olographe pur n'a pas de lieu ; il n'est donc pas soumis à une forme locale ; dans ce cas, il faudrait admettre, pour le testament olographe de l'étranger en France, ce que le code civil admet pour la validité du testament olographe d'un Français en pays étranger, parce qu'il y aurait même motif de décider.

422. La doctrine est divisée sur cette difficile question. Merlin, dont l'autorité est si grande, surtout dans la matière des testaments, se prononce pour l'opinion que la cour de cassation a consacrée. De sorte que j'ai contre moi les plus grandes autorités en doctrine et en jurisprudence. Cela m'oblige de m'arrêter sur la doctrine de Merlin.

Il commence par poser en principe que le testament olographe est un acte solennel. Sur ce point il n'y a

guère de doute possible, puisque dans le système du code civil, tout testament est solennel, le législateur français n'admettant point de testament verbal. Merlin cite la coutume de Paris qui est très explicite : « Pour réputer un testament *solennel*, est requis qu'il soit écrit et signé du testateur, ou qu'il soit passé par devant deux notaires (art. 289). » Ainsi le testament olographe est solennel, dit Merlin, aussi bien que le testament authentique. La forme étant solennelle, il en faut conclure qu'il est soumis aux formes du lieu où il est passé : valable d'après la loi du lieu, il sera valable partout : nul, d'après la loi locale, il sera nul partout. Merlin cite cet exemple : Un bourgeois de Paris fait un testament à Rome, en présence de deux notaires ; ce testament ne serait pas valable en France, parce que cette manière de tester n'est pas admise à Rome. Merlin argumente d'après l'ancien droit. Telle était la jurisprudence des parlements : il a été jugé qu'un testament fait à Bruxelles par une personne domiciliée à Paris est nul, parce qu'à Bruxelles le testament olographe était défendu, en vertu de l'édit des archiducs de 1611 (1).

De ce que le testament olographe est un acte solennel, doit-on conclure qu'il ne peut se faire que dans les formes prescrites par la loi du lieu où il a été dressé? Cela suppose que la solennité se confond avec les formes extérieures ou instrumentaires ; dans cette supposition, il est vrai que l'adage *Locus regit actum* doit recevoir son application ; car les formes de l'acte ne servent qu'à la preuve, et la preuve dépend de la loi locale. C'est bien ainsi que Merlin l'entend, car il dit que la forme doit être *probante* partout, et l'acte ne fait preuve partout que s'il est fait dans les formes du pays où il est passé. Je crois que Merlin confond deux ordres d'idées tout à fait distincts, la question de la solennité et la question de la forme probante de l'acte. La solennité de l'acte n'est pas déterminée par la loi du lieu où l'acte a été passé, mais par la loi

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. 2 (t. XXXIV de l'édition de Bruxelles, p. 113 et suiv.).

nationale du testateur; le code civil le décide ainsi dans l'article 999. Le testament est un acte solennel; en quoi consiste la solennité? Dans un écrit, soit olographe, soit mystique, soit authentique. Le testament sous la forme olographe est valable s'il est conforme à l'article 970, quoiqu'il ne fasse pas foi dans le pays où il a été écrit. Le code civil a donc dérogé à l'ancien droit; on ne peut plus juger aujourd'hui, comme les parlements le faisaient, qu'un testament olographe fait par un Français dans un pays qui n'admet pas de testament verbal, est nul; l'article 999 dit le contraire. Il y a un nouveau principe dans le code Napoléon. A mon avis, c'est celui de la solennité, considérée comme condition d'existence du testament. Quelle est cette solennité? Il faut distinguer : quand le testateur dispose dans la forme authentique, on suit la forme prescrite par la loi locale : quand il dispose dans la forme olographe, il n'y a pas de forme *locale*, parce qu'il n'y a pas de *lieu;* de là le législateur français conclut que le testament pourra se faire dans la forme nationale, celle du code civil quand c'est un Français qui teste.

§ V. — *D'une exception que l'on admet au statut des formes pour les testaments des ministres publics.*

423. Fœlix dit que les ambassadeurs et ministres publics ne sont pas tenus de suivre, pour la forme des actes relatifs à leur personne, à leur famille et à leurs biens, les lois de la nation où ils exercent leurs fonctions. C'est une conséquence de l'exterritorialité, c'est-à-dire d'une fiction admise par le droit des gens moderne, fiction en vertu de laquelle les agents diplomatiques sont censés représenter l'Etat dont ils sont les envoyés, comme s'ils remplissaient leur mandat hors du territoire de la puissance auprès de laquelle ils sont accrédités (1). J'ai longuement traité de cette étrange fiction de l'exterritorialité, dans le cours de ces Etudes, ainsi que de la conséquence que Fœlix en

(1) Fœlix, *Droit international privé,* t. Ier, p. 415 et suiv., n° 209.

déduit (1). Malgré la légion d'autorités citées par Fœlix, il n'est pas exact de dire que le droit des gens moderne admet l'exterritorialité, et je vais prouver que la conséquence concernant la forme des actes n'est pas mieux fondée que le principe. Si je reviens sur cette matière, c'est pour réparer un oubli que j'ai commis. J'aurais dû citer, à l'appui de la critique que j'ai faite de l'exterritorialité, deux auteurs italiens, dont l'un, M. Esperson (2), a critiqué, comme moi, la fiction la plus étrange qui ait jamais été imaginée, et dont l'autre, M. Lomonaco, a relevé également ce qu'il y a d'absurde dans la conséquence que Fœlix en déduit quant à la forme des actes (3). On invoque, en faveur de cette exception prétendue, un arrêt de la cour de cassation rendu sur un réquisitoire de Merlin ; il en est de ce témoignage comme de la plupart de ceux dont on se prévaut en faveur de l'exterritorialité ; quand on les examine de près, on voit qu'ils ne disent pas ce qu'on leur fait dire. Je ne rentre pas dans le fond du débat, j'ai épuisé la discussion ; je me borne au seul monument de jurisprudence qui existe sur la question spéciale qui fait l'objet de la présente Etude.

424. Le 6 mars 1794, le comte de Mercy d'Argenteau, se qualifiant de ministre plénipotentiaire de Sa Majesté l'Empereur pour les affaires de la présente guerre, ci-devant son ambassadeur en France, fit à Bruxelles un testament olographe par lequel il institua légataire universel l'un de ses parents paternels qui n'était pas son héritier *ab intestat*. Il mourut à Londres le 25 août de la même année. Le légataire se mit en possession des biens et il en jouissait paisiblement, lorsque, en l'an VIII, il fut assigné en délaissement par des parentes maternelles du défunt. Elles concluaient à ce que le testament fût déclaré nul, comme étant fait à Bruxelles, sous l'empire de l'édit perpétuel de 1611, qui proscrit les testaments olographes. Le défendeur opposa que le comte de Mercy d'Argenteau

(1) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 158, n° 82.

(2) Esperson. *Diritto diplomatico, et giurisdizione internazionale marittima*, 3 vol. Roma, 1872.

(3) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 195, § 6.

n'était pas domicilié à Bruxelles, qu'il ne se trouvait dans les Pays-Bas que comme ministre plénipotentiaire de l'Empereur d'Allemagne; or, d'après un principe universel et constamment reçu, les ministres publics n'ont pas de domicile externe; donc le testateur n'était pas soumis à la coutume de Bruxelles, où il n'avait qu'un domicile accidentel; son véritable domicile était à Vienne, et à Vienne les testaments olographes sont valables, dès qu'ils sont écrits entièrement et signés par le testateur. On voit que la défense n'invoquait pas même le privilége de l'exterritorialité proprement dite; elle soutenait seulement que le testateur n'était pas domicilié à Bruxelles, où il ne se trouvait qu'accidentellement. La cour de Liége admit ce système, sans prononcer le mot d'exterritorialité : elle décide, en fait plutôt qu'en droit, une question de domicile. Le comte de Mercy d'Argenteau, au moment où il testait à Bruxelles, était revêtu de pouvoirs illimités, comme ministre de l'Empereur pour les affaires de la présente guerre, chargé de traiter avec les puissances étrangères, tant relativement aux opérations de la guerre qu'aux négociations éventuelles de la paix; cette mission le mettait en rapport direct non seulement avec lesdites puissances ou leurs ministres, mais encore avec les généraux, et nécessitait sa présence près les armées pour en diriger, activer et concentrer les opérations. La cour en conclut que le comte de Mercy devait jouir des priviléges appartenant aux ambassadeurs et aux militaires, qu'il a pu valablement tester, sans observer les formalités prescrites par l'édit de 1611, attendu qu'il n'était pas domicilié à Bruxelles. *Né Liégeois*, il *avait conservé son domicile d'origine;* et *s'il* en avait acquis un autre par l'exercice continu des fonctions d'ambassadeur, ce domicile eût été à Vienne, résidence du souverain dont il était le ministre plénipotentiaire. Or, tant au pays de Liége qu'à Vienne, la coutume permettait de faire des testaments olographes. Voici la conclusion de la cour : « C'est une question controversée en jurisprudence de savoir si un particulier, domicilié dans une coutume qui permet les testaments olographes, peut tester de cette manière, lorsqu'il se

trouve accidentellement ailleurs; il est au moins incontestable qu'un ministre plénipotentiaire en mission pour des négociations diplomatiques et pour les affaires d'une guerre, doit jouir de cette faculté dans tous les lieux où il se trouve. » On voit que tout le débat roule sur une question de domicile: il n'est pas dit un mot de la fiction de l'exterritorialité. C'est Merlin qui, sur le pourvoi, porta le débat sur ce terrain.

Merlin pose la question en ces termes : « Un ambassadeur qui fait son testament dans un pays étranger qu'il représente, est-il obligé de suivre, pour la forme, la loi ou la coutume de ce pays? » Il répond qu'un ambassadeur peut, dans le pays étranger où il remplit sa mission, faire son testament dans la forme admise par la loi de son domicile; c'est, selon lui, la conséquence directe de cette fiction du droit des gens, que l'ambassadeur est réputé absent du pays où il réside, que sa personne, sa maison, tout ce qui lui appartient en sa qualité, est censé exister, non au lieu où il vit, mais dans les Etats du gouvernement qu'il représente. « Les peuples, dit Grotius, ont trouvé bon de faire, en la personne des ambassadeurs, une exception à la coutume reçue partout, de regarder, comme soumis à la loi du pays, tous les étrangers qui se trouvent dans les terres de la dépendance d'un Etat; de sorte que, selon le droit des gens, comme un ambassadeur représente, par une sorte de fiction, la personne même de son maître, il est aussi regardé, par une fiction semblable, comme hors des terres de la puissance auprès de qui il exerce ses fonctions; et de là vient qu'il n'est pas tenu d'observer les lois civiles du pays étranger, où il demeure en ambassade. »

Grotius accumule fiction sur fiction pour aboutir à l'immunité des ambassadeurs. Reste à savoir ce que cette immunité a de commun avec la règle *Locus regit actum.* Cette maxime a été reçue partout, non pour assujettir les étrangers aux lois du pays où ils se trouvent, mais pour leur donner un moyen facile de rédiger les actes qui les intéressent, notamment les actes de dernière volonté. Cela est si vrai que l'opinion assez commune est que la

règle est facultative, que les étrangers ne sont pas obligés de suivre les formes du lieu où ils testent, qu'ils peuvent le faire dans les formes de leur loi nationale; dans cette opinion, le prétendu privilége des ambassadeurs ne serait que l'application du droit commun. Quoi qu'il en soit, les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé, Huber, Hert, Voet, se sont appuyés sur l'exterritorialité pour en induire une exception au statut des formes. Mais ce n'était là qu'une opinion doctrinale, combattue par d'autres légistes, tels que Prost de Royer en France, et abandonnée aujourd'hui par les diplomates aussi bien que par les juristes.

La doctrine que Merlin soutenait devant la cour de cassation présentait une difficulté, dans l'application qu'il en faisait. Mercy d'Argenteau avait testé à Bruxelles; or les Pays-Bas étaient-ils un pays étranger pour un ambassadeur de l'Empereur d'Allemagne, archiduc d'Autriche? Le chef de la maison d'Autriche était aussi souverain des provinces belgiques, que l'on appelait les Pays-Bas autrichiens; c'étaient donc des Etats d'un seul et même prince. Merlin répond longuement à l'objection, en prouvant que les Pays-Bas, quoique soumis au même prince, n'étaient pas une dépendance de la monarchie autrichienne; chacune de nos anciennes provinces formait un Etat à part, sous le nom de duché, de comté, de marquisat, et était réputée étrangère non seulement à l'Autriche, mais étrangère à l'égard des autres provinces belgiques. Il est inutile d'insister sur ce point, puisque les enfants le savent chez nous. La démonstration de Merlin était donc complète sur le terrain de ce qu'on appelle le droit des gens, droit qui n'est en réalité qu'une doctrine des auteurs, admise par les uns, contestée par les autres.

La cour de cassation n'eut garde de s'aventurer sur ce terrain mobile d'opinions et de systèmes, variant d'un temps à un autre, d'un pays à un autre, et d'un publiciste à un autre. La cour de Liége avait-elle violé une loi en validant le testament du comte de Mercy d'Argenteau? Telle était la question que le pourvoi lui soumettait. Voici la décision (arrêt du 28 ventôse an XIII) : La cour de

Bruxelles avait décidé, par un arrêt du 4 frimaire an x, que le domicile du comte de Mercy d'Argenteau n'était pas à Bruxelles, mais dans le pays de Liége; or, dans le pays de Liége, la coutume permettait de tester dans la forme olographe. Dans les *circonstances forcées* où se trouvait le comte, par la mission diplomatique et militaire dont il était revêtu, on ne pouvait *raisonnablement* lui contester la faculté d'exercer, hors du territoire de son domicile, le *droit personnel* qui lui était acquis par la loi de ce même domicile (1). L'arrêt est sujet à plus d'une critique; je crois inutile d'entrer dans ce nouveau débat; les principes que j'ai établis sur cette matière suffisent pour apprécier la décision de la cour. Je me borne à constater que la cour ne dit pas un mot de l'exterritorialité, ni d'une exception à la règle *Locus regit actum*, exception qui serait fondée sur cette fiction. Voilà à quoi se réduisent les autorités citées à l'appui d'une prétendue exception, fondée sur l'exterritorialité.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, section II, § III, art. VIII (t. XXXIV de l'édition de Bruxelles, p. 74 et suiv.).

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE III.

La famille (suite).

CHAPITRE III. PUISSANCE PATERNELLE. TUTELLE. CURATELLE.

§ II. *La tutelle.*

N° 1. Qu'est-ce que la tutelle?

N° 2. Nature du statut.

§ III. *L'émancipation.*

N° 1. Qu'est-ce que l'émancipation.

N° 2. Du statut de l'émancipation.

§ IV. *L'interdiction et le conseil judiciaire.*

N° 1. L'aliénation mentale, la faiblesse d'esprit et la prodigalité.

I. *Les aliénés.*

II. *Les faibles d'esprit et les prodigues.*

N° 2. Nature du statut.

SECTION II. — Conflit du statut personnel et du statut réel.

§ I. *De l'autorité du statut personnel quand il repose sur des actes ou des jugements étrangers.*

N° 1. La règle.

N° 2. Les questions d'état.

I. *La doctrine.*

II. *La jurisprudence.*

CHAPITRE IV. — Du droit de succession.

SECTION Ire. — Principe général.

§ I. *Nature du statut.*

§ II. *De la distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière.*

§ III. *De la succession testamentaire.*

SECTION II. — De la capacité de succéder, de recevoir et de disposer.

§ I. *Abolition du droit d'aubaine.*

§ II. *De la capacité de succéder* ab intestat.

N° 1. Le principe.

N° 2. Les incapacités de succéder.

§ III. *Des testaments.*

N° 1. Nature du statut. De l'interprétation des testaments.

N° 2. De la révocation et de la caducité des dispositions testamentaires.

N° 3. Des testaments conjonctifs.

§ IV. *Des dispositions d'ordre public.*

N° 1. Les priviléges.

N° 2. Les dispositions d'ordre public.

§ V. *De l'absence.*

SECTION IV. — LE STATUT DES FORMES.

Article premier. — Transmission de l'hérédité.

§ Ier. *Transmission de la propriété de l'hérédité.*

§ II. *Transmission de la possession de l'hérédité.*

N° 1. De la saisine des héritiers légitimes.

N° 2. De la transmission de la possession aux successeurs non saisis.

I. *Des successeurs ab intestat.*

II. *Des légataires.*

§ III. *Acceptation et renonciation.*

N° 1. Les successions *ab intestat.*

N° 2. Les successions testamentaires.

§ IV. *De l'acceptation bénéficiaire.*

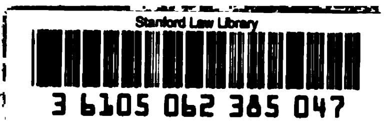
§ II. *La tradition du statut des formes.*

§ III. *Le code civil. Le testament par acte public.*

§ IV. *Le testament olographe.*

§ V. *D'une exception que l'on admet au statut des formes pour les testaments des ministres publics.*




Stanford Law Library
3 6105 062 385 047



